

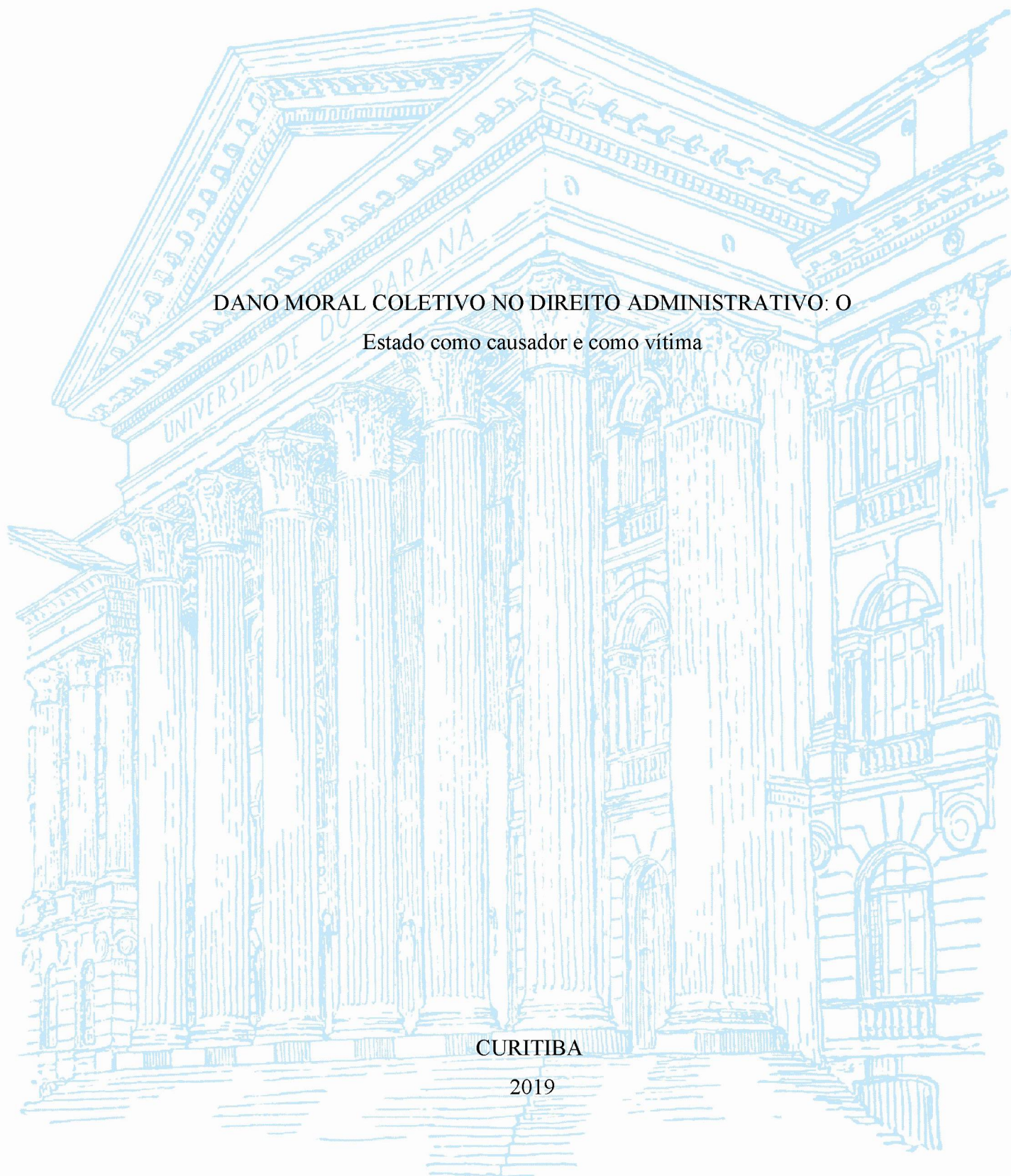
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CRISTINA BORGES RIBAS MAKSYM

DANO MORAL COLETIVO NO DIREITO ADMINISTRATIVO: O  
Estado como causador e como vítima

CURITIBA

2019



CRISTINA BORGES RIBAS MAKSYM

DANO MORAL COLETIVO NO DIREITO ADMINISTRATIVO: O  
Estado como causador e como vítima

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em  
Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade  
Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do  
título de Mestre em Direito do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

CURITIBA

2019

M235d

Maksym, Cristina Borges Ribas

Dano moral coletivo no direito administrativo: o Estado como causador e como vítima / Cristina Borges Ribas Maksym; orientador: Daniel Wunder Hachem. – Curitiba, 2019. 235 p.

Bibliografia: p. 219-235.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019.

1. Dano moral. 2. Dignidade. 3. Direitos fundamentais. 4. Responsabilidade do Estado. 5. Corrupção administrativa. I. Hachem, Daniel Wunder. II. Título.

CDU 347.426.4

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná  
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas  
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626**



## ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia um de abril de dois mil e dezenove às 15:00 horas, na sala Da Memória, Praça Santos Andrade, 50 - Centro - PPGD - UFPR, foram instalados os trabalhos de arguição da mestranda **CRISTINA BORGES RIBAS MAKSYM** para a Defesa Pública de sua dissertação intitulada **DANO MORAL COLETIVO NO DIREITO ADMINISTRATIVO: O ESTADO COMO CAUSADOR E COMO VÍTIMA**. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: DANIEL WUNDER HACHEM (UFPR), JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM (UFSC), SERGIO CRUZ ARENHART (UFPR). Dando início à sessão, a presidência passou a palavra a discente, para que a mesma expusesse seu trabalho aos presentes. Em seguida, a presidência passou a palavra a cada um dos Examinadores, para suas respectivas arguições. A aluna respondeu a cada um dos arguidores. A presidência retomou a palavra para suas considerações finais. A Banca Examinadora, então, reuniu-se e, após a discussão de suas avaliações, decidiu-se pela aprovação da aluna. A mestranda foi convidada a ingressar novamente na sala, bem como os demais assistentes, após o que a presidência fez a leitura do Parecer da Banca Examinadora. A aprovação no rito de defesa deverá ser homologada pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais do programa. A outorga do título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, DANIEL WUNDER HACHEM, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 01 de Abril de 2019.



DANIEL WUNDER HACHEM

Presidente da Banca Examinadora (UFPR)



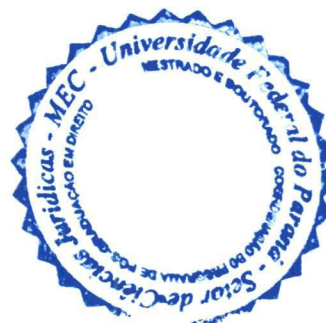
JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Avaliador Externo (UFSC)



SERGIO CRUZ ARENHART

Avaliador Interno (UFPR)



## TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da dissertação de Mestrado de **CRISTINA BORGES RIBAS MAKSYM** intitulada: **DANO MORAL COLETIVO NO DIREITO ADMINISTRATIVO: O ESTADO COMO CAUSADOR E COMO VÍTIMA**, após terem inquirido a aluna e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua aprovação no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 01 de Abril de 2019.

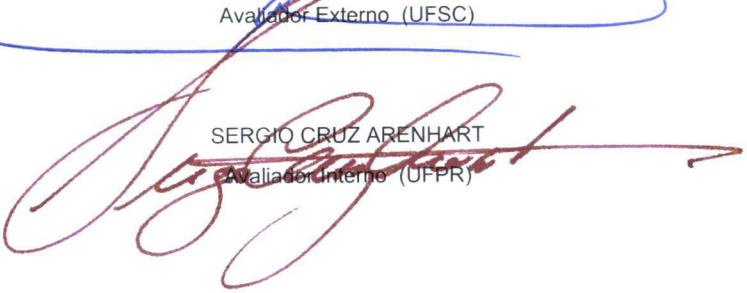


DANIEL WUNDER HACHEM

Presidente da Banca Examinadora (UFPR)



JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM  
Avaliador Externo (UFSC)



SERGIO CRUZ ARENHART  
Avaliador Interno (UFPR)



Aos meus filhos amados.

## AGRADECIMENTOS

Tarefa difícil, quase impossível, é fazer os devidos agradecimentos após o encerramento da pesquisa.

Quero agradecer primeiramente ao meu orientador, Prof. Daniel Hachem, que em sua tese de doutorado e suas aulas (que são muito mais do que aulas, ainda não inventaram palavra que signifique o tamanho aprendizado que é repassado em algumas horas) trouxe tanto a informação sobre a necessidade de se pesquisar este tema, em razão da lacuna existente, como trouxe também a maior parte dos fundamentos que serviram de base para a presente pesquisa. Agradeço também todo o apoio e suporte durante o curso.

Agradeço imensamente também ao Prof. Elton Venturi pelas aulas e ensinamentos acerca da tutela coletiva, assim como as discussões com os colegas processualistas durante o curso, as quais foram imprescindíveis ao amadurecimento da minha análise sobre o tema.

Necessário ainda dizer obrigada ao Prof. Emerson Gabardo e a Prof.<sup>a</sup> Eneida Desiree Salgado, que contribuíram com discussões fundamentais especialmente sobre “Estado, poder e controle”; discussões sem as quais também não teria avançado na investigação.

Obrigada à Prof.<sup>a</sup> Adriana Schier por ter me dado a oportunidade de lecionar sobre responsabilidade civil estatal na sua turma de graduação e por ter feito questionamentos certos sobre o tema, o que foi essencial para as minhas reflexões e conclusões.

Ao Prof. Ricardo Marcelo Fonseca quem tive a honra de ter como docente tanto na graduação quanto no mestrado e a quem a admiração segue cada vez mais forte, e cuja paixão pelo Direito e pela Academia continua contagiante.

Aos colegas de curso que sempre estiveram prontos para ajudar desde indicando bibliografia, discutindo seriamente sobre o ordenamento jurídico ou apenas repassando confiança. Agradeço especialmente à Caroline Godoi, Pedro Luz, Rafael Zaitter, Luzardo Faria, Mirian Olivia e Bárbara Bertotti; embora haja tantos outros.

À Prof.<sup>a</sup> Ana Cláudia Santano pelos conselhos pessoais e acadêmicos que foram “cirúrgicos” e fizeram enorme diferença. Obrigada também por ser uma constante inspiração.

Quero agradecer ainda e especialmente ao meu marido, Fernando, sem ele e todo o suporte oferecido durante o mestrado, esta dissertação não teria sido finalizada (não conseguiria passar pela vida sem o Fernando, na verdade). Então, obrigada ao meu marido por cuidar tão bem de mim, e de se certificar de que eu tivesse tudo de que precisava para permanecer concentrada e tornar esta pesquisa uma realidade.

Aos meus filhos, que são minha razão de viver. Tudo que faço é sempre um pouco (ou muito) para e por vocês.

À minha mãe que me instigou sempre a ler (mesmo em férias no litoral, ela me levava à biblioteca do Município quando eu tinha cerca de 10 anos, o que se tornou uma das minhas memórias favoritas da infância) e ao meu pai que me trouxe o apreço pelo Direito e pelo estudo (uma vez que aos 60 anos, ele iniciava seus estudos em filosofia, sua provável quinta graduação). Aos meus cinco irmãos por gerarem tanto debate e provocação, com vocês eu aprendi a necessidade de argumentar. Amo todos vocês.

À Universidade Federal do Paraná que me acolheu na década de 90 quando de um curso técnico, depois já neste século na graduação e especializações em Direito e aonde ainda me sinto completamente em casa.

A Deus, por todos os seus cuidados.



*“No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.”*

Immanuel Kant

## RESUMO

O dano moral coletivo vem sendo interpretado por uma doutrina e uma jurisprudência oscilantes em reconhecê-lo, além de concebê-lo de forma diversa, a depender do ramo do Direito que está a se tratar. Pretende-se examiná-lo enquanto um prejuízo resultante de ofensas aos direitos fundamentais coletivos cujo fim de proteção esteja conexo à dignidade da pessoa humana. E como a proteção, a promoção e a defesa da dignidade se dão por interesses jurídicos de naturezas diversas, busca-se fundamentar o dano moral coletivo de forma sistemática e uniformizada nos diversos ramos do Direito (como no Direito Trabalho, no Direito Ambiental e no Direito Administrativo) sob uma base comum: a responsabilidade civil. Para referida apreciação, a pesquisa faz uma análise crítica dos conceitos e definições acerca do dano extrapatrimonial, passando necessariamente pelos conceitos dos direitos de personalidade, da dignidade, dos direitos fundamentais e também dos direitos coletivos – indicando, independentemente do interesse lesionado, quais são os requisitos que configuram este dano (elemento material, formal, qualitativo e quantitativo). E, considerando que o Estado tem a obrigação espontânea ora de abstenção, ora de prestação fática ou normativa para a efetivação de certas pretensões jusfundamentais, inclusive quanto aos direitos sociais, e que há pretensões prontamente exigíveis que apresentam titularidade coletiva e que estão vinculadas à dignidade da pessoa humana, trata-se da possibilidade de o próprio Estado causar este dano moral coletivo quando tais obrigações não são devidamente cumpridas e geram prejuízo concreto (como nos casos de ineficiência ou não prestação de serviços públicos, ou nas criações de políticas públicas). Há, ainda, a questão sobre a possibilidade de se condenarem agentes ímprobos em reparar danos morais coletivos causados em face da lesão à moralidade administrativa – algo que vem sendo aceito pelos tribunais. Porém, entende-se que nestas hipóteses é preciso primeiramente diferenciar se está a tratar-se de dano moral coletivo suportado pela sociedade (interesses coletivos), ou se está a tratar-se de dano moral suportado pelo próprio Estado ou pelas pessoas jurídicas que o integram (interesse individual). Fundamenta-se pela possibilidade de o Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público, ser titular de direitos fundamentais por apresentar personalidade jurídica e pela concepção contemporânea destes direitos como bidimensionais (dimensões objetiva e subjetiva) e multifuncionais. Salienta-se que há, entre estes direitos, alguns que, acaso lesionados, culminam em dano moral (melhor denominado de dano institucional), como a honra objetiva e a imagem. Assim, a presente pesquisa conclui que o ato de improbidade poderá gerar tanto um dano institucional – quando lesionados direitos de personalidade do ente público, comprometendo o fim institucional da pessoa jurídica – quanto um dano moral coletivo pela lesão a interesses transindividuais que comprometam a dignidade. Objetiva-se, por meio destas análises, elaborar um cenário do dano moral coletivo no Direito Administrativo: verifica-se quando o Estado causa referido dano e quando é vítima deste.

**Palavras-chave:** dano moral coletivo; dignidade da pessoa humana; direitos fundamentais sociais; responsabilidade civil do Estado; dano institucional; improbidade administrativa.

## ABSTRACT

Collective moral damage has been interpreted by both a doctrine and a jurisprudence which oscillate in recognizing it, in addition to conceiving it in different ways, depending on the selected field of Law. This dissertation aims to examine it as a damage resulting from offenses against collective fundamental rights whose purpose of protection is related to the dignity of the human person. And since protection, promotion and defense of dignity are given by legal interests of different natures, collective moral damages are justified in a systematic and uniform way in the various fields of Law (Labor Law, Environmental Law and Administrative Law) on a common basis: civil liability. For this assessment, this research makes a critical analysis of the concepts and definitions about the moral damage – necessarily going through the concepts of personality rights, dignity, fundamental rights, and collective rights, indicating, regardless of the injured interest, which are the requirements which are able to materialize it (material, formal, qualitative and quantitative). Considering that the State has the spontaneous obligation of abstention and of a factual or normative provision for the realization of certain fundamental claims, including social rights, and that there are claims which are readily demandable, have a collective nature are linked to the dignity of the human person, this research affirms that it is possible for the State itself to cause this collective moral damage when these obligations are not properly fulfilled and thus generate concrete damages (as in cases of inefficiency or non-provision of public services or in the creation of public policies). There is also the possibility of condemning corrupt agents in redressing collective moral damages caused by injuring administrative morality – something that has been accepted by the courts. However, in these cases it is necessary to differentiate whether it is a matter of collective moral damage borne by society (collective interests) or whether it is dealing with moral damages borne by the State itself or by its entities (individual interest). This dissertation is based on the possibility of the State, as a legal entity governed by public law, to be the holder of fundamental rights for having legal personality and for the contemporary conception of these rights as two-dimensional (objective and subjective) and multifunctional. It is emphasized that there are some of these rights that, when injured, culminate in moral damages (better known as institutional damages), such as objective honor and image. Thus, the present study concludes that the act of improbity can generate as much institutional damage – when it damages the personality rights of the public entity by compromising the institutional purpose of its legal entity –, as collective moral damage – by injuring transindividual interests which compromise dignity. Through these analyses, the research aims to understand the collective moral damage in Administrative Law when the State causes it as well as when the State is the victim of it.

**Keywords:** collective moral damage; dignity of human person; fundamental social rights; civil liability of the State; institutional damage; administrative improbity.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>01</b>
<b>CAPÍTULO 1 - O DANO MORAL COLETIVO NO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>06</b>
<b>1.1. Dano moral: do individual ao coletivo.....</b>	<b>06</b>
1.1.1. <i>O dano extrapatrimonial: diálogos com os direitos da personalidade, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.....</i>	<i>06</i>
1.1.2. <i>Conceito e caracterização do dano extrapatrimonial transindividual e do interesse de natureza moral e expressão coletiva protegido pelo ordenamento jurídico.....</i>	<i>25</i>
1.1.3. <i>Fundamentos jurídicos e tratamento jurisprudencial do dano moral coletivo e a diferença com outros tipos de danos: dano existencial e dano social.....</i>	<i>44</i>
<b>1.2. Dano moral coletivo nos diferentes ramos do Direito.....</b>	<b>61</b>
1.2.1. <i>Dano moral coletivo no Direito Ambiental – a lesão aos direitos de personalidade, aos valores intrínsecos e demais interesses difusos pertinentes ao direito fundamental do meio ambiente ecologicamente equilibrado.....</i>	<i>62</i>
1.2.2. <i>Dano moral coletivo no Direito do Trabalho, o assédio moral e a equivocada ampliação do conceito juscivilístico do instituto.....</i>	<i>75</i>
<b>CAPÍTULO 2 - O ESTADO COMO CAUSADOR DE DANOS MORAIS COLETIVOS.....</b>	<b>84</b>
<b>2.1. A responsabilidade civil do Estado por dano moral coletivo.....</b>	<b>84</b>
2.1.1. <i>A titularidade individual e transindividual dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade e eficácia.....</i>	<i>85</i>
2.1.2. <i>A responsabilidade civil do Estado: requisitos para configuração da responsabilização pelo dano moral.....</i>	<i>102</i>
2.1.3. <i>O dano moral coletivo causado pelo Estado por violação à dimensão coletiva dos direitos fundamentais sociais.....</i>	<i>114</i>
<b>2.2. Instrumentos processuais e materiais de reparação do dano moral coletivo causado pelo Estado.....</b>	<b>131</b>
2.2.1. <i>Mecanismos processuais e materiais de tutela contra o dano moral coletivo: os fundos de direitos coletivos e difusos e as formas não pecuniárias de reparação, compensação e remoção do dano.....</i>	<i>131</i>
2.2.2. <i>A função reparatória da indenização quanto aos danos individuais homogêneos e as dificuldades da aplicação da função punitiva na responsabilidade civil estatal.....</i>	<i>146</i>
<b>CAPÍTULO 3 - O ESTADO COMO VÍTIMA DE DANOS INSTITUCIONAIS E OS DANOS MORAIS COLETIVOS.....</b>	<b>156</b>
<b>3.1. A pessoa jurídica estatal como vítima do dano moral.....</b>	<b>156</b>
3.1.1. <i>A titularidade de direitos fundamentais pela pessoa jurídica de direito público.....</i>	<i>157</i>

3.1.2. <i>A possibilidade da pessoa jurídica de direito público ser vítima de dano moral.....</i>	<i>176</i>
3.1.3. <i>Consequências do reconhecimento da atribuição de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público.....</i>	<i>183</i>
<b>3.2. O dano moral nas ações de improbidade administrativa.....</b>	<b>186</b>
3.2.1. <i>As ações de improbidade administrativa, as sanções previstas na Lei nº 8.429/1992 e a reparação do dano moral da pessoa jurídica estatal.....</i>	<i>186</i>
3.2.2. <i>A reparação do dano moral coletivo por ato de improbidade e a ação cabível para referida pretensão.....</i>	<i>198</i>
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>211</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>218</b>



## INTRODUÇÃO

O dano moral de titularidade coletiva é objeto de muitas controvérsias tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Em razão de sua interdisciplinaridade, percebe-se uma carência de estudos acadêmicos aprofundados sobre este assunto – mormente quando se está a tratar do Direito Administrativo Social<sup>1</sup> e da responsabilidade civil do Estado.

A carência de um estudo aprofundado da doutrina reflete numa jurisprudência oscilante na aceitação da responsabilidade relativa a essa modalidade de danos, isto é, morais e de titularidade supraindividual.

Mas apesar desta escassez de estudos, danos desta ordem não cessam, e se ousa dizer que só aumentam; o que também torna cada vez mais comuns as discussões na via judicial a respeito da responsabilidade civil por danos morais coletivos, e cada vez mais imprescindíveis as discussões sobre como tutelar os direitos transindividuais de maneira efetiva.

Neste sentido, no início de 2019, o episódio ocorrido em Minas Gerais com o rompimento da barragem da mineradora Vale S.A. em Brumadinho demonstra claramente como danos de grande magnitude com uma confluência de interesses de diversas naturezas (ambiental, trabalhista e administrativo), infelizmente, fazem parte do cenário brasileiro.<sup>2</sup>

Além da oscilação de jurisprudência, há ainda um tratamento diferenciando a depender do ramo do Direito que está a se tratar. Quando se analisa um dano ambiental, um prejuízo a diversos consumidores ou trabalhadores, o dano moral coletivo tem sido tratado de forma diversa, quando, apesar das nuances de cada regime jurídico, o tema possui uma base comum: a responsabilização é civil independente da natureza do interesse envolvido.

Quando se tem no polo passivo a figura do Poder Público, a questão se torna ainda mais controversa e carente de estudos. Afinal, como responsabilizar o Estado por um dano coletivo se quem arcará com referida indenização será a população, por meio do recolhimento de tributos? A questão do ônus financeiro tem sido frequentemente apontada pela jurisprudência como uma possível excludente da responsabilidade civil estatal.

Resta o problema, então, de como considerar de maneira isonômica e sistemática a responsabilidade civil transindividual mesmo com interesses de naturezas tão diversas, como

---

<sup>1</sup> Um Direito Administrativo baseado na concepção de um Estado que tenha como dever a atuação direta em prol da concretização dos direitos fundamentais econômicos e sociais de forma coletiva e universal. In: HACHEM, Daniel. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013.

<sup>2</sup> Trata-se do vazamento de aproximados 13 milhões de metros cúbicos de rejeitos no meio ambiente em Brumadinho-MG na data de 25/01/2019 em razão do rompimento de barragem, o que gerou, além de impacto ambiental, centenas de vítimas fatais.

nos casos de danos morais coletivos ao consumidor ou aos trabalhadores, a exemplo do caso da Boate Kiss<sup>3</sup> e do rompimento da barragem da Vale em Brumadinho, que geraram centenas de mortes de seus consumidores e empregados, respectivamente. E como manter um entendimento ordenado e uniforme acerca do dano moral coletivo quando se trata do prejuízo transindividual causado por dano ambiental quando da construção de uma usina hidrelétrica – portanto, atividade lícita? Como versar sobre o dano coletivo quando este é causado pelo próprio Poder Público em razão da ausência da construção de um aterro sanitário ou em razão da ineficiência deste na formulação de uma política pública de prevenção e combate à dengue, onde se aplica também um regime jurídico administrativo específico?

Há ainda a questão sobre a possibilidade de se condenarem agentes ímprobos por danos morais coletivos causados em face da lesão à moralidade administrativa – algo que vem sendo aplicado pelos tribunais em ações de improbidade administrativa sem o devido respaldo teórico. O tema já foi enfrentado inclusive pela notória Operação Lava Jato.

Além da escassez de análises sistemáticas, aprofundadas e harmônicas do assunto – independentemente da natureza do interesse envolvido –, outro problema reside em como referidos danos coletivos de tão diferentes nuances vêm sendo reparados, e se referidas condenações têm sido compensadoras para as vítimas e punitivas e dissuasórias para os infratores.

Percebe-se, assim, quão viva, latente e aberta se encontra a discussão sobre o dano moral coletivo, especialmente no Direito Administrativo, e sobre a relação deste com a efetivação dos direitos fundamentais, notadamente no cenário político-social e econômico-financeiro do Brasil. Constata-se, assim, a importância de uma análise mais aprofundada da questão, tendo em vista a atualidade do tema e a carência de estudos sobre este.

Neste contexto, pretende-se examinar por meio da metodologia de revisão bibliográfica o dano moral enquanto um dano resultante de ofensas aos direitos fundamentais de uma coletividade em sua esfera extrapatrimonial, ou seja, enquanto um dano à dignidade da pessoa humana em sua dimensão social.

Para tanto, no Capítulo 1 a pesquisa tem como primeiro objetivo geral examinar o dano, do individual ao coletivo, os princípios que norteiam este instituto e as previsões

---

<sup>3</sup> Referente ao incêndio da Boate Kiss em Santa Maria-RS, o qual causou a morte de 242 pessoas e feriu outras 680. O incêndio foi causado por um sinalizador disparado no palco em direção ao teto por um integrante de um grupo musical que se apresentava no local. A Defensoria Pública Estadual, substituta processual dos atingidos pelo incêndio, ajuizou uma ação coletiva e requereu a reparação dos danos morais individuais cumulados com danos coletivos.

constitucionais e infraconstitucionais sobre o tema sob esta base comum: a responsabilização civil independente da natureza do interesse envolvido.

Assim, realiza-se primeiramente uma análise dos conceitos de dano moral e de sua natureza jurídica no sistema jurídico brasileiro, sem especificar uma área do Direito. Também se faz uma análise da relação deste tema com os direitos de personalidade, com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais, tanto no que se refere ao dano individual (item 1.1.1) quanto ao dano coletivo (item 1.1.2).

Além da revisão bibliográfica, faz-se ainda uma apreciação jurisprudencial referente ao dano moral coletivo para averiguar quais são as maiores críticas e resistências ao reconhecimento de sua existência e do dever de sua reparação, bem como da análise da diferença deste com outros tipos de danos: o dano existencial e o dano social (item 1.1.3).

Analisado de que se trata o dano moral coletivo no sistema jurídico brasileiro – independentemente do ramo –, passa-se a tratar como este se manifesta no Direito Ambiental, uma vez que referido campo foi pioneiro na abordagem da responsabilidade civil em sua dimensão social ao dispor sobre a proteção do meio ambiente (item 1.2.1). Em seguida, efetua-se uma análise idêntica quanto à manifestação deste dano peculiar também no Direito do Trabalho, por ser outra área que tem tratado cada vez mais intensamente sobre este assunto (item 1.2.2).

Após uma análise mais genérica da concepção do dano moral coletivo, trata-se, no Capítulo 2, deste dano quando causado especificamente pelo Estado, quando este não cumpre eficazmente sua obrigação espontânea ora de abstenção, ora de prestação fática ou normativa para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais.

Exemplo desta hipótese de responsabilidade civil do Estado são os casos em que este não presta com eficiência os serviços públicos, ou não cria políticas públicas que garantam materialmente, por exemplo, o saneamento básico, o fornecimento de energia elétrica ou a prevenção epidemiológica.

Por conseguinte, um segundo objetivo geral da presente pesquisa se dá por meio de análises e investigações do dano moral coletivo, especialmente nas hipóteses em que o Estado é tanto causador como vítima deste prejuízo. Cabe à pesquisa, portanto, analisar a concepção sobre este dano transindividual no Direito Administrativo.

Para referido exame, primeiramente se faz necessário o estudo da titularidade, aplicabilidade, eficácia e dimensão dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos

sociais, para que se possa compreender a existência de uma titularidade transindividual de certas pretensões jusfundamentais destinadas aos entes públicos (item 2.1.1).

Ainda no segundo capítulo, promove-se uma investigação crítica sobre a responsabilidade civil estatal (item 2.1.2) para somente então abordar o dano moral coletivo no Direito Administrativo, ou seja, quando o dano a uma coletividade é causado por ação ou omissão estatal, sobretudo nas hipóteses de inefetiva tutela administrativa dos direitos sociais quanto: (i) ao direito ao devido processo administrativo; (ii) ao direito à regulamentação de normas veiculadoras de direitos fundamentais; (iii) ao direito ao serviço público adequado e (iv) ao direito à implementação de políticas públicas (item 2.1.3).

Por meio destes exames, busca-se compreender por que o dano moral coletivo vem sendo reconhecido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência quando se trata de casos relacionados ao Direito Ambiental, ao Direito do Consumidor e ao Direito do Trabalho, mas não é comumente reconhecido quando se trata do Estado. Neste contexto, questiona-se se há algo no ordenamento jurídico que justifique o Poder Público ter tratamento diferenciado em face do particular.

Ademais, considerando o cabimento da responsabilidade civil do Estado pela reparação do dano moral coletivo, objetiva-se analisar também, no Capítulo 2, os instrumentos processuais e materiais utilizados para fins de que esta responsabilização seja reparadora e punitiva.

Para tanto, verificam-se quais são as ações processuais aptas a veicular a referida pretensão ressarcitória de dimensão coletiva e quais são as formas e as funções desta reparação, com estudo tanto sobre a pretensão pela reparação específica do dano quanto da destinação da indenização em valores pecuniários para fins de que se atinja o objetivo material principal de respectiva obrigação. Este objetivo corresponde a reparar ou compensar o agravo (item 2.2.1). Também se examinam as dificuldades de uma aplicação da função punitiva na responsabilidade civil estatal (item 2.2.2).

No Capítulo 3, indaga-se sobre a outra questão relacionada à responsabilidade civil de titularidade coletiva e ao Direito Administrativo: a possibilidade de o Estado e, portanto, os entes da Administração Pública – enquanto pessoas jurídicas – serem vítimas do dano moral quando, por exemplo, são atacados em sua imagem e honra.

Neste sentido, cresce a corrente, notadamente no âmbito do Ministério Público, que afirma o cabimento da condenação do agente público em reparar o dano moral causado em casos de improbidade administrativa. Mas é preciso diferenciar se nestas hipóteses está a se

tratar de dano moral coletivo sofrido pela sociedade, ou se está a tratar de dano moral sofrido pelo próprio Estado enquanto uma pessoa jurídica.

Para tanto, analisa-se primeiramente se a pessoa jurídica de direito público pode ser destinatária e titular de direitos fundamentais oponíveis contra particular (item 3.1.1), e, a partir daí, se ela pode sofrer dano moral (item 3.1.2), além das respectivas consequências possíveis desta atribuição (item 3.1.3).

Por fim, examina-se se os atos de improbidade resultam em responsabilidade civil e se esta lesão é de interesse coletivo, ou se é individual da própria pessoa jurídica de direito público (item 3.2.1). Também se verificam as vias processuais cabíveis para análise destas pretensões reparatórias, entre elas a ação de improbidade (item 3.2.2).



## CAPÍTULO 1- O DANO MORAL COLETIVO NO DIREITO BRASILEIRO

Neste primeiro capítulo, analisa-se a concepção do dano moral individual e do dano moral coletivo sob uma base comum: a responsabilização civil independente da natureza do interesse envolvido, para depois se verificarem as especificidades deste dano peculiar no Direito Ambiental e no Direito do Trabalho.

Busca-se, assim, compreender sistematicamente e uniformemente esta responsabilidade civil transindividual apesar de ela envolver interesses de naturezas jurídicas tão diversas. É esta investigação acerca da concepção do dano moral coletivo no Direito brasileiro que se realiza no Capítulo 1.

### 1.1. DANO MORAL: DO INDIVIDUAL AO COLETIVO

A primeira questão a ser verificada é a concepção do dano moral e sua natureza jurídica no sistema jurídico brasileiro, independentemente do ramo – tanto no que se refere ao dano individual (item 1.1.1) quanto ao dano coletivo (item 1.1.2) –, além de uma apreciação sobre como a jurisprudência discorre sobre este (item 1.1.3). O objetivo primordial consiste em verificar a compreensão e as problemáticas acerca do tema.

#### 1.1.1. O dano extrapatrimonial: diálogos com os direitos da personalidade, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais

Para a configuração da obrigação de indenizar, é indispensável que tenha sido produzido um dano concreto, individual ou coletivo, de natureza material ou moral.<sup>4</sup> O dano é, portanto, um dos pressupostos da responsabilidade civil<sup>5</sup>, pelo que não há responsabilização sem dano, embora possa haver sem culpa ou dolo e até sem a configuração de ato ilícito.<sup>6</sup>

De acordo com a teoria da diferença, o dano é a distinção entre a situação anterior e a atual após o prejuízo, ou seja, é a diferença matemática e calculável entre o que se tem e o que

---

<sup>4</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 547.

<sup>5</sup> BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

<sup>6</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008, p. 79-96.

se teria se não houvesse o agravo.<sup>7</sup> Em concepção mais moderna e de acordo com a teoria do interesse, dano é a lesão a interesse juridicamente protegido.<sup>8</sup>

Neste ínterim, em apertada simplificação, o interesse puro e simples é aquele que se caracteriza por um anseio, aspiração ou desejo de um particular, cuja realização não é estimulada ou agasalhada pelo ordenamento jurídico. Em outro extremo, têm-se os direitos subjetivos, que são a posição de vantagem a receber tutela especial do Estado. O interesse juridicamente protegido é aquele que fica entre estes dois extremos – entre o direito subjetivo e o interesse simples.<sup>9</sup>

Emerson Gabardo, contudo, refuta essa diferenciação fundamentando que os interesses juridicamente protegidos são direitos subjetivos, ou seja, implicam titularidade e possibilidade de cobrança do Estado para sua proteção.<sup>10</sup> Fundamentação semelhante é a de Elton Venturi.<sup>11</sup> Daniel Wunder Hachem também analisa dessa forma, argumentando que, sob o prisma constitucional, inexistente diferença entre a tutela jurisdicional de interesses resguardados pela ordem jurídica – quaisquer que sejam – e a proteção judicial de direitos subjetivos.<sup>12</sup>

Para os fins do presente trabalho, adota-se um entendimento similar que é também a posição de Morato Leite, para o qual interesse juridicamente protegido é “a importância de ordem material ou também instrumental, subjetivada ou não, conferida pelo Direito positivo a determinadas situações respeitantes ao indivíduo isolado, ao grupo ou à coletividade”.<sup>13</sup>

Além desta concepção de dano como lesão a interesse juridicamente protegido, há conceituações do dano como a diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja sua natureza.<sup>14</sup> Este é também o conceito dado por Mirra, para quem o dano, além de ser a lesão a

---

<sup>7</sup> SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 4-8.

<sup>8</sup> Entre outros: LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental - do Individual ao Coletivo*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 103-110; TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral coletivo: a configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 115-137; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: 7: responsabilidade civil*. 21. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 88.

<sup>9</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 75-81.

<sup>10</sup> GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 305.

<sup>11</sup> VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 47.

<sup>12</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013, p. 674.

<sup>13</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental ... Op. Cit.*, 2015, p. 251-266.

<sup>14</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade... Op. Cit.*, p. 79-96.

interesse protegido, “significa a diminuição, subtração ou destruição de um bem jurídico”.<sup>15</sup> Para Steigleder, o dano suscetível de reparação é “o dano infligido ao patrimônio individual de uma pessoa identificada ou à sua esfera moral”.<sup>16</sup>

Seja lesão a interesse ou diminuição de um bem, para a configuração do dano como um fato jurídico – e que seja, portanto, relevante para o Direito – é necessário que estejam configurados dois requisitos, um material e outro formal. O (i) requisito material representa o fato físico e o prejuízo em si (a lesão ao interesse ou a diminuição de bem) no mundo concreto, enquanto (ii) o elemento formal provém da norma jurídica (a previsão do Direito positivo do interesse como juridicamente protegido ou do bem como bem jurídico – a antijuridicidade do prejuízo). Disso decorre que, por carência de algum dos elementos, nem todos os danos vão lidar com a reação do ordenamento jurídico.<sup>17</sup>

O elemento formal é o que traz a feição do dano como injusto. Este trata da antijuridicidade do dano, ou seja, quando o dano resulta de um ato (ou omissão) que, ainda que não seja ilícito, enseja um dano anômalo e desproporcional de acordo com o ordenamento jurídico e a análise do caso concreto.<sup>18</sup> Ou seja, o dano é antijurídico<sup>19</sup> porque é causado contrariamente ao que foi juridicamente estabelecido. Daí que, por exemplo, a penhora do patrimônio em decorrência de uma cobrança legítima implica um prejuízo financeiro, mas não configura um dano indenizável, porque não é contrária ao ordenamento jurídico.<sup>20</sup>

Neste sentido, e ainda quanto à concepção de dano, é preciso cautela com as definições deste – que são fartas e diversificadas tanto na doutrina quanto na jurisprudência – especialmente para não confundir e equiparar o dano com o ato ilícito. Arenhart destaca que a

---

<sup>15</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 64-66.

<sup>16</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental, as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. 3 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2017, p. 53-99.

<sup>17</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental... Op. Cit.*, p. 53-99.

<sup>18</sup> FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 170-197.

<sup>19</sup> Utiliza-se na presente pesquisa o termo ato antijurídico para aquele ato que é contrário ao Direito. Logo, o dano que resulta de um ato antijurídico é aquele prejuízo anômalo e desproporcional que não se considera razoável não reparar quando ponderado com os interesses contrapostos. Entretanto, é preciso destacar que o uso do termo “antijurídico” não é aceito por parte da doutrina que compreende que o ato mesmo quando ilícito ou injusto (contrário ao Direito) é também um ato jurídico, pois gera efeitos no plano jurídico, a exemplo de Pontes de Miranda. In: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial: tomo LIII: direito das obrigações: fatos ilícitos absolutos: atos-fatos ilícitos absolutos: atos ilícitos absolutos: responsabilidade: danos causados por animais: coisas inanimadas e danos: estado e servidores: profissionais*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

<sup>20</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade civil do Estado, nexos causal e imputação objetiva. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Orgs.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 370-371.

confusão entre um e outro se faz presente no Direito brasileiro, sendo raro o autor que os distingue devidamente.<sup>21</sup>

Marinoni salienta que referida correlação entre ilícito e dano é fruto de um dogma de origem romana, para o qual o ressarcimento é a única resposta para o ilícito. Referida concepção se torna ainda mais visível no pensamento liberal do século XIX, para o qual os direitos tinham mero conteúdo negativo (de defesa e de não interferência estatal), pelo que não havia necessidade de se pensar em uma tutela específica para além da pecuniária ou ressarcitória. Esta identificação do dano com o ilícito se funda, portanto, na monetização dos direitos, e percorreu a história do Direito, adentrando no Processo Civil e no Direito Civil contemporâneos sem gerar maiores inquietações.<sup>22</sup>

Referida confusão alcança e é mantida pela previsão do art. 186 do Código Civil Brasileiro – CCB (Lei 10.406/2002) que conceitua o ato ilícito como a ação ou omissão que viola direito “e” causa dano a outrem. Ou seja, o CCB impõe o dano como um dos requisitos para configuração do ato ilícito. Entretanto, como salienta Arenhart e como decorre da própria lógica do sistema jurídico, para que um fato seja considerado ilícito é suficiente que assim seja fixado pela norma, não precisando produzir algum resultado concreto ou prejuízo.<sup>23</sup>

O dano, por outro lado, só restará configurado se houver alguma consequência prejudicial experimentada no mundo concreto. Ou seja, o dano indenizável necessita do elemento material (o prejuízo real) para além do elemento formal (a antijuridicidade).

Disso decorre que pode haver ilícito sem dano, e sem que se possa reclamar qualquer reparação. Isso não quer dizer, porém, que não se possa reclamar qualquer tutela contra o ilícito, como seu impedimento ou remoção.<sup>24</sup> Uma ação que almeje tão somente a demolição de uma construção, por exemplo, visa a remover um ilícito, e não ressarcir um dano.<sup>25</sup> Há, assim, clara diferença entre dano e ato ilícito e na atualidade não se admite equipará-los.<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 100-112.

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela contra o ilícito (art. 497, parágrafo único, do CPC/2015). *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 40, n. 245, p. 313-329, jul. 2015, p. 314.

<sup>23</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória...* *Op. Cit.*, p. 100-112.

<sup>24</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem, ibidem*.

<sup>25</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela contra o ilícito... *Op. Cit.*, p. 326.

<sup>26</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória...* *Op. Cit.*, p. 100-112.

O Código de Processo Civil de 2015 – CPC (Lei n.º 13.105/2015), inclusive, prevê a possibilidade de tais tutelas inibitórias e de remoção do ilícito no art. 497, parágrafo único, fundamentando que estas independem da demonstração de prejuízo concreto.<sup>27</sup>

Compreendida a noção de dano enquanto gênero e sua diferença em relação ao ato ilícito, pode-se afirmar que existem inúmeras de suas espécies. E considerando a complexidade das relações sociais, cada vez mais são construídas novas categorias pela doutrina e pela jurisprudência. As categorias mais abordadas, especialmente pela doutrina tradicional da responsabilidade civil, são as do dano material e dano moral.

O dano material ou patrimonial é geralmente concebido como “a lesão concreta que afeta um interesse relativo ao patrimônio”. O interesse jurídico tutelado, portanto, nesta espécie é patrimonial e aferível pecuniariamente.<sup>28</sup>

O dano moral é também denominado de dano extrapatrimonial, dano não-patrimonial, dano imaterial, prejuízo moral e agravo moral.<sup>29</sup> Este, por sua vez, foi inicialmente construído pela noção de um sentimento humano negativo e subjetivo como humilhação, angústia, vergonha, medo, ansiedade e dor. Porém, referida noção confunde o prejuízo moral com suas possíveis (e não necessárias) consequências psicofísicas.<sup>30</sup>

Afirmar que o dano moral é dor, vexame ou humilhação é o mesmo que dizer que é um sentimento humano desagradável, e esta noção não corresponde a um conceito jurídico, e sim à descrição de algumas emoções e sensações que o ser humano pode enfrentar. Ademais, estas sensações podem até ser moralmente legítimas, mas só serão reparáveis por parte do ordenamento se decorrerem de um dano concreto, real e injusto.<sup>31</sup>

Ou seja, a referida conceituação de dano moral como sensações humanas desagradáveis gera problemas, pois nem todo sofrimento é indenizável, e a alguns destes sofrimentos o ser humano está sujeito na vida em sociedade. Ademais, as emoções das pessoas não são suscetíveis – em regra – a verificação e abordagem pelo Direito.<sup>32</sup>

Nesta toada, pode haver o dano moral (lesão e prejuízo concreto) sem dor ou vexame, como ocorre no caso de violações à reputação ou imagem a pessoas em estado

---

<sup>27</sup> Código de Processo Civil: “Art. 497. (...) Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”.

<sup>28</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil...* Op. Cit., p. 65-66.

<sup>29</sup> MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 40-53.

<sup>30</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral coletivo...* Op. Cit., p. 115-137.

<sup>31</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 129-140.

<sup>32</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos a pessoa...* Op. Cit., p. 143.



vegetativo ou a crianças de tenra idade.<sup>33</sup> Uma comunidade de indígenas isolada pode sofrer ataque à personalidade e consequente dano moral, ainda que não sinta dor, repulsa ou indignação.<sup>34</sup> Por outro lado, pode haver sofrimento sem dano injusto e indenizável, como no caso de um rompimento de um relacionamento afetivo.

Deve-se ressaltar também que, por esta razão, a nomenclatura “dano moral” tende a se limitar a um subjetivismo, sendo assim restrita. Por isso, a doutrina sugere o abandono do termo “moral” por entender que seu alcance é limitado e produtor de equívocos, e indica a sua substituição por extrapatrimonial.<sup>35</sup>

Entretanto, apesar da incongruência do termo, como este é consagrado pela doutrina e pela jurisprudência quando se trata deste tema, na presente pesquisa são utilizados tanto “dano moral” quanto “extrapatrimonial”, entre outras nomenclaturas, fazendo-se apenas a respectiva ressalva de que não se está a tratar de aspectos subjetivos das angústias humanas.

Assim, ultrapassada esta noção de dano moral com características de sofrimento psíquico e subjetivo, a doutrina passou a concebê-lo ora com uma acepção negativa, ora com uma acepção positiva. Em síntese, aqueles que adotam a acepção negativa conceituam o dano moral como toda lesão a interesse que não possa ser avaliável pecuniariamente. Por sua vez, a acepção positiva avalia o dano moral como aquele que decorre de uma ofensa a bem ou interesse imaterial.<sup>36</sup>

Este critério negativo<sup>37</sup> de caracterização do dano moral como “todo prejuízo que não é patrimonial” é logicamente inaceitável porque não se pode definir o “ser” pelo “não ser”.<sup>38</sup> Ademais, há casos em que a lesão, ainda que não avaliável pecuniariamente, não será relevante a ponto de merecer reação do ordenamento jurídico porque se faz ausente de elemento formal.<sup>39</sup>

---

<sup>33</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade... Op. Cit.*, p. 79-96.

<sup>34</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental... Op. Cit.*, p. 303-310.

<sup>35</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Idem*, p. 266.

<sup>36</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral... Op. Cit.*, p. 115-137.

<sup>37</sup> Este critério negativo é utilizado entre outros por: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial: tomo LIII: direito das obrigações: fatos ilícitos absolutos: atos-fatos ilícitos absolutos: atos ilícitos absolutos: responsabilidade: danos causados por animais: coisas inanimadas e danos: estado e servidores: profissionais*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 219.

<sup>38</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Notas sobre o dano moral no Direito Administrativo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 18, abr./mai./jun., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-ALMIRO%20COUTO.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

<sup>39</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral... Op. Cit.*, p. 115-137.

E o critério positivo<sup>40</sup>, contudo, como salienta Couto e Silva, é tão extenso que chega a ser prolixo e sem serventia, além de ser tautológico definir dano moral como a lesão a bem ou interesse imaterial.<sup>41</sup> E mais, em alguns casos, a lesão a bens imateriais (v.g., violação à reputação ou imagem) gerará também um dano patrimonial, ou seja, com reflexos também no patrimônio do ofendido, reduzindo este.<sup>42</sup>

O que caracteriza o dano moral, portanto, não é a natureza jurídica do bem lesionado, mas os efeitos desta lesão no mundo concreto. Isso porque a ofensa a um bem jurídico material pode ensejar dano moral, e a ofensa a um bem jurídico moral pode causar um dano patrimonial.<sup>43</sup> O que importa, neste ínterim, não é a natureza do bem ou o direito envolvido, e sim a natureza do interesse<sup>44</sup> e o respectivo efeito concreto quando de sua violação.

Resta claro, entretanto, que nenhuma das acepções – seja a positiva, seja a negativa – conceitua consistentemente o dano moral, assim como não conseguem diferenciá-lo do prejuízo material.<sup>45</sup>

É em razão desta dificuldade de concepção que Couto e Silva afirma, inclusive, que melhor do que conceituar o dano moral é apenas descrevê-lo.<sup>46</sup>

Este problema doutrinário em conceituar e compreender de que se trata o dano moral também gera perplexidades na jurisprudência, o que fica evidente, como cita Bodin Moraes, na análise de um julgamento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), no qual foi negada a reparação de dano moral pela republicação não autorizada de uma imagem de uma atriz despida, sob o fundamento de que “só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas. As bonitas, não.”<sup>47</sup>

Quando o recurso da atriz ascendeu ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), os Ministros também divergiram acerca da presença ou não de dano moral. Votaram pela reparação do dano moral a Ministra Nancy Andrighi e os Ministros Waldemar Zveiter e Ari

---

<sup>40</sup> O critério positivo é adotado entre outros por: MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral... Op. Cit.*; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do dano moral... Op. Cit.*

<sup>41</sup> SILVA, Almiro do Couto e. *Notas sobre o dano moral... Op. Cit.*

<sup>42</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral... Op. Cit.* p. 115-137.

<sup>43</sup> MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano ... Op. Cit.*, p. 40-53.

<sup>44</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: 7: responsabilidade civil... Op. Cit.*, p. 88-90.

<sup>45</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral... Op. Cit.*, p. 115-137.

<sup>46</sup> SILVA, Almiro do Couto e. *Notas sobre o dano... Op. Cit.*

<sup>47</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. ... *Op. Cit.*, p. 17-56.

Pargendler; enquanto votaram contra – e foram vencidos – os Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Pádua Ribeiro.<sup>48</sup>

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito fundamentou que, embora haja ato ilícito – a publicação de imagem sem autorização –, não haveria dano, ou seja, não se poderia dizer que há prejuízo moral no mundo concreto. Logo, apesar de reconhecido o pagamento de quantia em razão do ilícito pelo uso da imagem sem autorização, ele não viu como possível a reparação por danos morais, pois a exposição da imagem da atriz decorreria de sua profissão e vida pública. Referido entendimento foi também o do Ministro Pádua Ribeiro, para quem o caso só gerou dano material por violação contratual.<sup>49</sup>

Voto divergente foi proferido pela Ministra Nancy Andrighi, fundamentando que, ao ter sido publicada sem autorização a imagem em revista, foi violada a opção que tinha a atriz em relação à construção e ao desenvolvimento de sua personalidade, o que é tutelado pelo art. 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988, para além da violação contratual e de prejuízo patrimonial também presentes. Os Ministros Waldemar Zveiter e Ari Pargendler também fizeram destaques quanto à dignidade da atriz ter sido ofendida, o que seria fundamento para reparação de dano moral.<sup>50</sup>

Neste ínterim, é preciso pontuar à jurisprudência não incumbe conceituar os termos jurídicos, uma vez que esta tarefa é essencialmente doutrinária. Porém, quando se trata de dano moral, a doutrina tem permanecido a “reboque da jurisprudência”, e isso tem gerado erros sobre todos os aspectos da reparação deste dano, “levando a arbitrariedades, imprevisibilidades e incertezas, ou em uma palavra em injustiça”. Assim, como expõe Bodin Moraes, fazendo uso de exortação de Bobbio acerca dos direitos humanos, o problema do dano moral atualmente não é tanto justificá-lo ou protegê-lo, mas sim fundamentá-lo adequadamente.<sup>51</sup>

E qual é, então, a definição de dano moral?

Felipe Teixeira Neto faz uma avaliação em prol da construção de um conceito de dano moral afirmando que, para a compreensão deste, é necessário tratar da intensidade do

---

<sup>48</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 270.730/RJ. Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma, julgado em 19/12/2000, DJ 07/05/2001.

<sup>49</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 270.730/RJ. Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma, julgado em 19/12/2000, DJ 07/05/2001.

<sup>50</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 270.730/RJ. Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma, julgado em 19/12/2000, DJ 07/05/2001.

<sup>51</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos a pessoa... Op. Cit.*, p. 17-56.

prejuízo e compreender que a lesão ao interesse imaterial deve ter gravidade tal que justifique a responsabilização civil.<sup>52</sup>

Para Teixeira, portanto, o dano moral não é só a lesão a interesse imaterial (como dispõe a acepção positiva), é necessário também que esta lesão implique “subtração, destruição ou deterioração” a ponto de afetar um fim específico destes interesses protegidos pelo ordenamento, alterando “a utilidade geral” destes “ou do conjunto de objetos em que a eles estavam integrados”. E esta gravidade ocorre para o dano moral quando o prejuízo atinge “sensivelmente o desenvolvimento e a expansão da personalidade, fins últimos e justificadores da salvaguarda jurídica”.<sup>53</sup>

Ou seja, para Teixeira Neto, só haverá dano moral quando a intensidade da lesão ao interesse imaterial for suficiente para comprometer o desenvolvimento da personalidade, cláusula geral de dignidade da pessoa humana.<sup>54</sup>

Em outras palavras, o jurista parece trazer já para o conceito de dano moral seu elemento material, que consiste justamente neste destaque de que a lesão precisa ser experimentada no mundo concreto por meio do comprometimento efetivo do desenvolvimento e da construção da personalidade. Esta observação parece ser acertada na medida em que, sem a referida alteração e os efeitos no mundo concreto, tem-se apenas o ato ilícito, mas não o dano moral em si. O elemento formal, por outro lado, estaria embasado na proteção que o sistema confere à dignidade humana.

Disso decorre que o dano moral não pode ser reduzido à lesão a um direito de personalidade (que é outra noção doutrinária e jurisprudencial acerca de dano moral para além da ideia de lesão a interesses imateriais), pois a promoção da dignidade da pessoa humana não se dá apenas pelos direitos de personalidade, já que estes não são os únicos a promover a efetivação de interesses jurídicos de natureza pessoal.<sup>55</sup> Não pode ser reduzido também ao mero efeito extrapatrimonial de uma lesão, pois se trata de violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana.<sup>56</sup>

E é por estas análises e reflexões que recentemente a doutrina mais abalizada tem conceituado o dano moral como a lesão da própria dignidade humana, entendimento que vem sendo também adotado na jurisprudência.<sup>57</sup>

---

<sup>52</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral... Op. Cit.*, p. 115-137.

<sup>53</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Idem, ibidem*.

<sup>54</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Idem, ibidem*.

<sup>55</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Idem, ibidem*.

<sup>56</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos a pessoa... Op. Cit.*, p. 182-192.

<sup>57</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral... Op. Cit.*, p. 115-137.

Por esta concepção – de que o dano moral é a lesão à dignidade –, fica clara a caracterização de dano extrapatrimonial no caso da atriz que teve sua imagem desnuda publicada sem sua autorização, uma vez que, ainda que se trate de figura pública, não se podem retirar dela – desproporcionalmente – as opções quanto ao desenvolvimento de sua própria personalidade e autonomia, os quais são inerentes à dignidade.

Além de Teixeira, uma destas construções de dano moral como lesão à dignidade é feita por Bodin Moraes, para quem nesta era de incertezas, este é o princípio capaz de atribuir integração valorativa e sistemática ao Direito Civil.<sup>58</sup>

Para a jurista, toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que anseie reduzi-lo a objeto ou que recuse o seu atributo de pessoa, será automaticamente considerada transgressora da sua personalidade, não por ser a vítima um sujeito de direito, mas por ser uma pessoa.<sup>59</sup>

E enquanto Teixeira Neto trata da intensidade da lesão no mundo concreto para conceber o dano moral como lesão à dignidade (o elemento material), Bodin Moraes discorre sobre a noção de dano injusto ou antijurídico (o elemento formal). Moraes destaca, então, que o dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afete aspecto fundamental da dignidade humana, não sendo razoável se ponderado com os interesses contrapostos em que não ocorra a devida reparação.<sup>60</sup>

Cavaliere Filho também traz a dignidade enquanto fundamento da concepção de dano moral, afirmando que os conceitos tradicionais de dano devem ser revistos pela óptica da Constituição de 1988. E como há previsão de proteção à dignidade da pessoa humana e esta é a base de todos os “valores morais e a essência de todos os direitos personalíssimos”, tem-se um novo aspecto do dano extrapatrimonial.<sup>61</sup>

Cavaliere Filho então fundamenta que, em sentido amplo, o dano moral envolve os diversos graus de transgressão dos direitos da personalidade e abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social. Em sentido estrito, dano moral é a violação à dignidade.<sup>62</sup>

Porém, em que pese o esforço da construção e da evolução doutrinária ao referir-se ao dano moral como lesão à dignidade da pessoa humana, caiu-se na mesma armadilha das conceituações anteriores de ora ampliar-se, ora reduzir a noção de dano moral, uma vez que a

---

<sup>58</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos a pessoa...Op. Cit.*, p. 59-75.

<sup>59</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Idem*, p. 182-192.

<sup>60</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Idem*, p. 165-181.

<sup>61</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade...Op. Cit.*, p. 79-96.

<sup>62</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Idem, ibidem*.



própria compreensão de dignidade é também de farta discussão em nível doutrinário e jurisprudencial.

Ingo Sarlet afirma que a dignidade é um conceito com contorno vago, impreciso e de natureza polissêmica.<sup>63</sup> E Virgílio Afonso da Silva explica que a dignidade humana, no Brasil, é um enorme guarda-chuva, pois se colocam embaixo desta diversas discussões que poderiam ser analisadas sob a óptica de outras garantias constitucionais e até mesmo infraconstitucionais. O jurista ainda salienta que a utilização excessiva deste argumento vem lhe causando banalização. Ou seja, esta prática é prejudicial ao próprio conceito e à proteção da dignidade.<sup>64</sup>

Mas sendo o dano moral uma lesão à dignidade, e mesmo havendo divergência acerca de sua compreensão – e sem perder de vista a problemática em se utilizar deste conceito sem banalizá-lo –, cabem aqui as seguintes questões: o que é dignidade da pessoa humana? Qual é seu conteúdo jurídico? Qual é sua relação com o desenvolvimento da personalidade ou os direitos de personalidade? Qual é sua conexão com os direitos fundamentais? As respostas não são simples: na presente pesquisa, apresentam-se contornos gerais sem que se pretenda esgotar a temática.

Como explica Barroso, em exposição sobre o tema, a dignidade da pessoa humana é um conceito multifacetado, que está presente na religião, na Filosofia, na política e no Direito.<sup>65</sup>

Ocorre que, para distinguir os seres humanos dos demais, diz-se que há uma característica própria apenas aos humanos: a dignidade, palavra que vem do latim *dignus*, significando “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”. Suas noções iniciais foram trazidas com contornos jusnaturalistas e teocêntricos, baseadas no conceito de que aquele que foi criado por Deus é merecedor de tratamento respeitoso.<sup>66</sup>

Sua noção filosófica é trazida por Kant e baseada na ética, por parte do indivíduo, de encontrar a lei moral dentro de si mesmo. Esta lei moral traz, por sua vez, um imperativo categórico, que se trata da noção de que uma ação boa em si mesma independe de seu fim. Em outras palavras, o imperativo categórico dispõe que tratemos os outros sempre como um

---

<sup>63</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 39.

<sup>64</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 207.

<sup>65</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 72.

<sup>66</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa... Op. Cit.*, p. 76-117.

fim em si mesmo, e não como um meio de se alcançar algo. As pessoas são assim um fim em si mesmo e, por consequência, merecedoras de estima e respeito.<sup>67</sup>

A dignidade da pessoa humana se tornou um “consenso ético essencial” no mundo ocidental em reforço à rejeição ao nazifascismo e, apesar de constar em vários documentos jurídicos internacionais pós-guerras, nenhum destes tentou definir o termo.<sup>68</sup>

Barroso, entretanto, fundamenta que é preciso dispor sobre um conteúdo mínimo acerca da dignidade. Para o jurista, a dignidade se identifica ao menos com três elementos, que são desdobramentos para os quais há certo consenso. São eles: a) a dignidade enquanto um valor intrínseco do ser humano; b) identificada com a autonomia individual; c) um valor comunitário.<sup>69</sup>

Estes três elementos precisam ser analisados com uma base laica (na qual a visão humanista prevalece sobre as concepções religiosas), neutra (sem vincular-se a uma visão idealista ou política, servindo, portanto, tanto a um conservador, a um liberal e a um socialista) e universalista (que respeite a diversidade étnica, religiosa e cultural), para o que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) apresenta uma boa direção.<sup>70</sup>

A dignidade enquanto um (a) *valor intrínseco* a todos os seres humanos confere a estes, segundo Barroso, um status especial e superior no mundo, distinto das outras espécies.<sup>71</sup> Para Sarlet, por sua vez, a dignidade enquanto um valor se trata de uma qualidade inerente a todo ser humano – é preexistente, anterior a toda experiência especulativa. Ainda que seja exclusivamente humana, não é necessariamente superior, muito menos excludente de outras dignidades, e há de ser compreendida como um conceito inclusivo no sentido de que não se aceita privilegiar a espécie humana acima das outras espécies.<sup>72</sup>

No plano jurídico, esta noção de valor está atrelada aos direitos fundamentais (direito à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica)<sup>73</sup>, os quais têm como fim, portanto, promovê-la e protegê-la.<sup>74</sup>

O direito à igualdade versa basicamente sobre não receber tratamento discriminatório ilegítimo. A integridade psicofísica, por sua vez, consiste no direito a não ser torturado e de

---

<sup>67</sup> BENDA, Julien. *O pensamento vivo de Kant*. Tradução de Wilson Veloso. São Paulo: Editora Livraria Martins, [1976?], p. 23-33.

<sup>68</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa... Op. Cit.*, p. 76-98.

<sup>69</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Idem*, p. 73-74.

<sup>70</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Idem, ibidem*.

<sup>71</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Idem*, p. 76-81.

<sup>72</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa... Op. Cit.*, p. 34 e p. 47.

<sup>73</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa... Op. Cit.*, p. 76-81.

<sup>74</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa... Op. Cit.*, p. 47.

ser titular de garantias penais, enquanto na esfera civil consiste em inúmeros direitos da personalidade – estes compreendidos como um amplo “direito à saúde”.<sup>75</sup>

Enquanto identificada com (b) a *autonomia* individual, a dignidade representa o livre arbítrio dos indivíduos, a noção de autodeterminação, de autonomia pessoal e de liberdade.<sup>76</sup>

Esta liberdade consubstancia-se em privacidade, intimidade, além do poder de realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais.<sup>77</sup> Trata-se, assim, das liberdades básicas (liberdades individuais e privadas), mas também do direito à participação política (liberdades públicas). Barroso ainda dispõe que, para que os sujeitos tenham estas liberdades – tanto privadas quanto públicas –, os indivíduos precisam ser “livres da necessidade” (*free from want*) – daí que advém também a noção do mínimo existencial como garantidor de um conteúdo mínimo da dignidade.<sup>78</sup> Na doutrina, há certo consenso de que cabe ao Estado assegurar este mínimo, mas forte divergência sobre seu conteúdo.<sup>79</sup>

Por fim, Barroso trata da dignidade enquanto um (c) *valor comunitário* (também denominado de restrição ou heteronomia) que concebe a dignidade a partir dos valores da comunidade e das metas coletivas compartilhadas para fins de restringir a autonomia pessoal em nome de certa concepção coletiva de vida boa. Ou seja, trata-se da restrição da autonomia pessoal para fins de proteção da dignidade de terceiros e do próprio indivíduo.<sup>80</sup>

Como exemplo, tem-se a educação compulsória para as crianças, o uso de cintos de segurança para motoristas e de capacetes para motociclistas. São casos claros em que a autonomia pessoal é restringida em razão de um consenso social. Este paternalismo, contudo, embora em algumas situações necessário e aceitável, pode apresentar grave risco, inclusive de moralismo e de tirania da maioria, dado que tais interferências devem ser definidas com bastante cuidado para que sejam legítimas.<sup>81</sup>

São referentes à dignidade enquanto valor comunitário debates acerca da legalidade da prostituição, descriminalização do uso de drogas e limitações de discurso de ódio contra minorias. Com base nestas questões, pode-se afirmar que a imposição coercitiva de valores

---

<sup>75</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos a pessoa... Op. Cit.*, p. 76-117.

<sup>76</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa... Op. Cit.*, p. 81-82.

<sup>77</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos a pessoa... Op. Cit.*, p. 76-117.

<sup>78</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa... Op. Cit.*, p. 81-82.

<sup>79</sup> Tratam deste tema: HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-240; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

<sup>80</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa... Op. Cit.*, p. 87-98.

<sup>81</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Idem, ibidem*.

externos, que restringem o pleno exercício da autonomia em razão de uma dimensão comunitária da dignidade humana, não gera um debate trivial.<sup>82</sup>

Quanto a este tema, Barroso afirma que a restrição à autonomia em razão da ideia de dano aos outros tem uma justa presunção de legitimidade. Entretanto, o jurista afirma que a restrição à autonomia sob o fundamento de que o dano seria a si mesmo deve ser vista quase sempre com desconfiança. O Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) fundamenta, por fim, que as questões verdadeiramente morais não devem ser decididas pela maioria, e, portanto, não podem ser consideradas um valor comunitário que embase a restrição da autonomia.<sup>83</sup>

Destaca-se que, para parâmetro de aferição de ocorrência ou não do dano moral, utiliza-se na presente pesquisa um conceito delimitado da dignidade apenas enquanto valor intrínseco ou autonomia, sem englobar esta terceira dimensão de dignidade enquanto um valor comunitário.

A dignidade é, por conseguinte, um valor fundamental que gera bastante controvérsia e discussões, e que adentrou no Direito tendo natureza jurídica de princípio<sup>84</sup>, mas não um direito autônomo. Serve tanto de justificativa ética quanto de fundamento jurídico normativo para a maioria dos direitos fundamentais, sendo parte destes direitos. Além disso, é fonte de direitos fundamentais que não estejam expressamente enumerados na Constituição Federal.<sup>85</sup>

Uma noção de dignidade se tornou comando jurídico no Brasil na Constituição de 1934, mas como mero limite da liberdade econômica (art. 115). E foi somente através da Constituição Federal de 1988 que a dignidade veio constar como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1º, III).<sup>86</sup>

Consequentemente, a dignidade da pessoa humana é, no Brasil, fundamento de um *direito geral* de personalidade. Este direito geral corresponde ao direito de qualquer pessoa a não ser impedida de desenvolver sua própria personalidade e de se determinar de acordo com suas opções. Neste contexto, todos os direitos de personalidade – na medida em que protegem e promovem a dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade, são também direitos

---

<sup>82</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Idem, ibidem*.

<sup>83</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Idem, ibidem*.

<sup>84</sup> Para Alexy, a dignidade é tanto regra quanto princípio. Será regra quando não se questionar se ela prevalece sobre outras normas, mas tão somente se houve ou não sua violação. E será princípio também, podendo ser realizado em diferentes medidas. Logo, é a regra que é absoluta, não o princípio da dignidade. Na ponderação do princípio da dignidade com outros princípios é que se extrai a regra da dignidade. In: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 112-114.

<sup>85</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa... Op. Cit.*, p. 64-66.

<sup>86</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual., incluindo novo capítulo sobre partidos políticos. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 261-268.

fundamentais. E os direitos de personalidade reconhecidos pela legislação civil encontram correspondente constitucional.<sup>87</sup>

Os direitos de personalidade *em sentido estrito*, apesar de sua variedade, estão correlacionados com integridade física e psíquica, bem como com os demais direitos de caráter pessoal, como o livre desenvolvimento da personalidade, a privacidade, intimidade, honra, imagem, nome etc.<sup>88</sup>

O conteúdo jurídico da dignidade está, portanto, embasado na promoção e na tutela do pleno desenvolvimento da personalidade, o que se assegura com maior eficácia por meio do Direito Constitucional e pelos direitos fundamentais. O Direito Civil vem depois, por meio dos direitos da personalidade, e também da responsabilidade civil.<sup>89</sup>

Logo, a reparação do dano extrapatrimonial não está relacionada com a compensação de sentimentos humanos desagradáveis ou com conceitos morais, mas com o comprometimento do fim de tutela destes interesses imateriais, que é “a proteção de direitos e interesses de ordem pessoal”, ou seja, com o respeito, proteção e a promoção da dignidade humana.<sup>90</sup>

A lesão que compromete este fim é passível de reparação por dano moral, acaso tal dano seja injusto – anômalo e desproporcional na análise do caso concreto. Tem-se, assim, o preenchimento dos dois elementos: material (o prejuízo real) e formal (a antijuridicidade).

É por isso que lesão à vida; discriminação ilegítima; tortura; trabalho escravo; lesão injusta à honra ou à intimidade; restrição antijurídica da liberdade de expressão ou a ausência de entrega de qualquer parcela que seja considerada integrante do mínimo existencial ensejam dano moral. Porque tais questões resultam, em última análise, em ofensas injustas a interesse juridicamente protegido e conexo à dignidade (elemento formal) e comprometem o desenvolvimento e a construção da personalidade no mundo concreto (elemento material).

O dano moral como lesão à dignidade da pessoa humana tem, portanto, uma feitura mais ampla e complexa do que a mera lesão a interesses imateriais ou a mera lesão aos direitos de personalidade.

A par desta análise e desta concepção de dano moral, prossegue-se na busca de sua compreensão por meio do estudo da função desta responsabilização, ou seja, por meio do estudo da natureza jurídica da reparação dos prejuízos extrapatrimoniais.

---

<sup>87</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito... Op. Cit.*, p. 434-443.

<sup>88</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem, ibidem*.

<sup>89</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral coletivo... Op. Cit.*, p. 115-137.

<sup>90</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Idem, ibidem*.

Neste contexto, a principal função da responsabilidade civil é a restituição do *status quo ante*, e, não sendo possível esta restituição, o exato ressarcimento do dano com a compensação pelos prejuízos sofridos e a fixação de valor indenizatório. O termo “indenização” designa, assim, tanto a reparação por prestação específica quanto a compensação dos prejuízos.<sup>91</sup>

Mas quando se trata do dano moral, o que se pretende reparar ou compensar, sobretudo quando se quer o afastamento do conceito deste como sofrimento humano? Em outras palavras, é possível reparar a dignidade da pessoa humana? E como compensar a dignidade violada?

Em razão destes questionamentos, discute-se se a responsabilidade civil por dano moral não teria mais funções para além da função compensatória (ou satisfatória) de mera reparação ou compensação do prejuízo. Ou seja, sugere-se que a reparação do dano moral detém também uma função punitiva e dissuasória, na qual a indenização teria de servir como sanção ou pena, inibindo o infrator a praticar uma conduta danosa novamente e compelindo os demais indivíduos a respeitarem o patrimônio alheio por receio de punição.<sup>92</sup>

Clayton Reis, por exemplo, defende que o dano moral não tem função reparadora, já que não há equivalência entre o dano e o ressarcimento, dado que, não sendo possível reparar ou compensar interesse imaterial, a função própria da indenização por danos morais será punitiva e dissuasória. Por tal razão, o autor recomenda a utilização dos parâmetros constantes no art. 59 do Código Penal (Decreto-Lei n.º 2848/1940) para o arbitramento do dano extrapatrimonial (são eles: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do ilícito).<sup>93</sup>

O entendimento deste autor estipula que, ao se utilizarem estes outros critérios para além da exata medida do dano para fixação do valor indenizatório (como a culpabilidade ou a capacidade econômico-financeira do ofensor), confere-se carga punitiva à responsabilidade civil por dano moral justamente porque se ultrapassa a intenção de meramente compensar o dano, e passa-se a desejar punir o ofensor de acordo com o grau de sua culpa, ou de dissuadi-lo a não causar novos danos por meio da aplicação de uma pena-sanção que lhe atinja pecuniariamente de maneira significativa.

---

<sup>91</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral coletivo...* Op. Cit., p. 190.

<sup>92</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: 7: responsabilidade civil.* ... Op. Cit., p. 105.

<sup>93</sup> REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 82-87

A doutrina, majoritariamente baseada na doutrina estadunidense (*punitive damages*)<sup>94</sup> – e que vem sendo acompanhada pela jurisprudência –, acolhe a aplicação desta função punitiva da responsabilidade civil quando do dano moral. Há, contudo, correntes contrárias à referida aplicação.

Aqueles que defendem a existência de uma função punitiva para a reparação do dano moral<sup>95</sup> afirmam que, havendo condenação em dinheiro, esta terá necessariamente dupla função: uma compensatória para a vítima e outra punitiva para o ofensor.<sup>96</sup> Fundamentam, assim, que a dificuldade em aceitar uma punição quando da fixação da indenização decorre do paradigma tradicional e equivocado de que a responsabilização civil serviria tão somente para a reparação do dano, quando referida premissa já não se coaduna nem com realidade e necessidades atuais, nem sequer com as previsões constitucionais e com o necessário respeito à dignidade humana.<sup>97</sup>

O Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade, do TJRJ, favorável a este caráter punitivo, aponta, em sua dissertação de mestrado sobre o tema, que (i) inúmeras previsões legislativas trazem parâmetros para o arbitramento do dano moral que o colore de aspecto punitivo e dissuasório, como, por exemplo, os critérios da situação econômica do ofensor e da intensidade do ânimo de ofender. É o caso das previsões do artigo 8º do Código

---

<sup>94</sup> Os danos punitivos (*punitive damages*) podem ser observados na experiência anglo-americana. Sua configuração atual data do século XVIII, na Inglaterra, mas fixações de *punitive damages* já eram observadas no século XIII em caso de lesões pessoais causadas intencionalmente. Porém, perderam força progressivamente na Inglaterra até a segunda metade do século XX, sendo restritos a hipóteses específicas, enquanto nos Estados Unidos tiveram expansão. A doutrina estadunidense acerca dos *punitive damages* não guarda qualquer preocupação com o enriquecimento da vítima. Pelo contrário, este é pressuposto ao instituto da responsabilização civil daquela sociedade, especialmente para casos em que o ofensor agiu com dolo e que não há normas penais ou administrativas para punir tais casos. Um dos casos de experiência norte-americana chegou ao absurdo de uma mulher de 79 anos ter sido indenizada pela rede McDonald's em quase três milhões de dólares por danos punitivos por ter derrubado café em si mesma, e em razão de isso ter gerado queimaduras de segundo e terceiro grau. A idosa alegou que o café estava em temperatura muito alta para a segurança dos consumidores e que a lanchonete deveria diminuir a temperatura da bebida. Quanto aos danos compensatórios, foram fixados em valores reduzidos, pois foi considerada a culpa exclusiva da vítima, que estava dirigindo no momento do acidente. Os danos punitivos na experiência norte-americana são fixados por um júri popular e pouco se relacionam com critérios jurídicos, mas sim são absorvidos pela lógica do mercado. São, portanto, originários de países da *Common Law*, sendo uma figura entre o direito civil e penal. In: MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa... Op. Cit.*, p. 17-56 e p. 228-253.

<sup>95</sup> Entre outros: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: 7: responsabilidade civil... Op. Cit.*, p. 105-107; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil... Op. Cit.*, p. 94-96; VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo*. Curitiba, 2012. 338f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

<sup>96</sup> BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do dano moral... Op. Cit.*

<sup>97</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa De. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. Rio de Janeiro, 2003. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Estácio de Sá, p. 1-70-182.

Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117 de 1962) e do art. 53 da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250 de 1967).<sup>98</sup>

Ademais, Andrade considera que, (ii) independentemente de qualquer previsão legal, a indenização punitiva do dano moral seria aplicável no ordenamento jurídico brasileiro baseado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Para o jurista, a proteção e a promoção da dignidade e, por consequência, dos direitos da personalidade, impõem a utilização de ferramentas sancionatório-punitivas para aqueles que a violarem, assim como de imposição de meios dissuasórios e de desestímulo do comportamento reprovável para que se previnam os danos a tal valor fundamental.<sup>99</sup>

Mas o próprio jurista afirma que em alguns casos não seria cabível a aplicação da função punitiva, como quando da culpa leve ou da responsabilização objetiva (nesta em razão de não ser necessária a configuração da culpa e do dolo, e às vezes sequer do ilícito), uma vez que nestes casos não haveria conduta reprovável a ser punida.<sup>100</sup>

Por outro lado, os que negam à função punitiva ou dissuasória<sup>101</sup> da reparação do dano moral fundamentam, em síntese, que (i) a responsabilidade civil tem natureza meramente reparadora e compensatória, e qualquer alteração deste ideário tradicional deturpa o instituto<sup>102</sup>; que (ii) a função punitiva é própria do Direito Penal e do Direito Administrativo, não cabendo ao Direito Civil<sup>103</sup>, sendo que o princípio da tipicidade dos delitos e das penas é considerado garantia dos direitos fundamentais, e, portanto, alicerce da democracia<sup>104</sup>; (iii) a atribuição de função punitiva à reparação civil nos casos em que o ato antijurídico configure também crime ou infração administrativa incorreria em *bis in idem*; (iv) em razão de o Código Civil Brasileiro não contemplar a aplicação de indenização com caráter punitivo e, ao contrário, a regra geral acerca da matéria ser a do art. 944, que estabelece que a extensão do dano constitui a medida e o limite da indenização. Ou seja, a legislação não prevê a possibilidade de o montante indenizatório superar o dano.<sup>105</sup>

Ademais, é fundamento contrário à função punitiva que (v) não haveria compatibilidade entre esta e a função reparatória, as quais, em verdade, parecem antagônicas, já que uma determina o limite da indenização (no dano) e se finca no princípio da vedação do

<sup>98</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa De. *Dano Moral... Op. Cit.*, p. 188-191.

<sup>99</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa De. *Idem*, p. 191-199.

<sup>100</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa De. *Idem, ibidem*.

<sup>101</sup> Entre outros: THEODORO JUNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p.51-66.

<sup>102</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral... Op. Cit.*, p. 154-161.

<sup>103</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental... Op. Cit.*, p. 221-255

<sup>104</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos a pessoa... Op. Cit.*, p. 17-56.

<sup>105</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa De. *Dano Moral... Op. Cit.*, p. 188-191.



enriquecimento sem causa, e a outra exige que se ultrapasse este limite para fins de punição; (vi) da mesma forma, não haveria compatibilidade da função punitiva com os ditames constitucionais, especialmente os da dignidade e da solidariedade social.<sup>106</sup>

Porém, Bodin Moraes, que refuta a aplicação do caráter punitivo, afirma que, ainda assim, este seria cabível em hipóteses excepcionais e expressamente previstas em lei, como no caso da lesão a interesses difusos.

Parece, portanto, que a diferença entre os doutrinadores que fundamentam pela função punitiva e os que a refutam não é necessariamente negar sua possibilidade de aplicação no ordenamento brasileiro, mas fundamentar se esta é a regra ou a exceção da responsabilização civil pelo dano moral. Para Andrade, por exemplo, a função punitiva é regra, mas apresenta exceções. Para Bodin Moraes, a função punitiva é a exceção, dependendo, portanto, de expressa previsão legislativa. E ambos se fundamentam na dignidade para defender suas proposições, que são divergentes.

Ou seja, mesmo aqueles que são contrários não apresentam fundamentação que afaste completamente a possibilidade da aplicação da função punitiva no sistema jurídico. E os favoráveis também não indicam que sua aplicação possa se dar arbitrariamente para todos os casos. Logo, em decorrência do princípio da legalidade, a função punitiva parece depender, de fato, da vontade do legislador para que, em determinadas hipóteses – nas quais a reprovação da conduta seja tal para a sociedade –, seja justificável a aplicação da indenização enquanto pena. Por conseguinte, a aplicação de função punitiva depende da análise do caso concreto.

Este raciocínio decorre do princípio geral de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX da Constituição Federal – CF). Ademais, referido princípio não vale só para o Direito Penal ou para os delitos criminais, mas também para todos os delitos, e não só em relação às penas, mas também em relação a todas as sanções, inclusive sanções civis e indenizações.<sup>107</sup>

Por outro lado, referida discussão – se há função punitiva ou não na reparação do dano moral – apesar de ser pragmática e relevante, especialmente para a espinhosa fixação do *quantum* indenizatório, é um tanto quanto ficcional, uma vez que, se no caso concreto uma reparação específica for impossível, a compensação em dinheiro pelo dano moral será incomensurável. Isso faz com que o objetivo central da responsabilidade civil de mera

---

<sup>106</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos a pessoa... Op. Cit.*, p. 17-56.

<sup>107</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 79.

reparação nos limites do dano se torne uma grande ilusão quando se trata de reparar o dano moral pecuniariamente.<sup>108</sup>

Por conseguinte, o que se ressalta quanto a esta questão é que a responsabilização por dano moral, tenha ou não função punitiva (conforme análise do caso), não pode ser a única função da indenização, cujo paradigma maior é o da compensação e do dever de reparação do dano.

Por fim, pontua-se que, para além da discussão acerca da função punitiva, é imprescindível o reconhecimento da função preventiva da responsabilidade civil, discussão esta que trata das tutelas inibitórias do dano ou do ilícito, e que buscam justamente evitar a ocorrência de lesões ou violações aos direitos fundamentais e a dignidade. Como no Direito Ambiental, que mais pioneiramente se tratou do tema, esta questão será objeto de itens seguintes.<sup>109</sup>

#### 1.1.2. Conceito e caracterização do dano extrapatrimonial transindividual e do interesse de natureza moral e expressão coletiva protegido pelo ordenamento jurídico

A partir desta noção de dano moral como aquele que é resultado da lesão à dignidade humana, somada à existência de interesses coletivos protegidos constitucionalmente que promovem esta dignidade, tem-se como resultado a possibilidade de haver danos morais coletivos.<sup>110</sup>

Entretanto, de um modo geral, a construção doutrinária e jurisprudencial acerca da concepção de dano moral coletivo, apesar de já ter avançado, é ainda bastante deficiente, seja em razão da própria compreensão equivocada do dano moral, seja pela falta de uma dogmática sólida sobre os temas envolvidos – como os interesses coletivos, a teoria dos direitos de personalidade e as funções da responsabilidade civil.<sup>111</sup>

Assim, sem deixar de reconhecer a importância para o desenvolvimento doutrinário daqueles que já efetuaram a análise deste tema, Felipe Teixeira Neto divide a doutrina sobre o assunto em três grupos: o que conecta o dano moral coletivo com especulações subjetivas, o

---

<sup>108</sup> FARIA, Luzardo. A ineficiência do atual modelo de responsabilização civil do Estado no Brasil e a necessidade de prevenção de danos. *Revista digital de Direito Administrativo*, v. 4, p. 117-136, 2017.

<sup>109</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória...* Op. Cit., p. 116-136

<sup>110</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral...* Op. Cit., p. 154- 161.

<sup>111</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Idem, ibidem.*

que traz conceitos genéricos sobre o tema e o que busca na imaterialidade a noção sobre dano moral coletivo.<sup>112</sup>

O primeiro grupo, portanto, identifica o dano moral coletivo como aquele “sentimento de despreço que afete negativamente toda uma coletividade”.<sup>113</sup> Referida argumentação, como visto no item 1.1.1, resta superada. O dano moral – seja o individual, seja o coletivo – não guarda relação com consequências emocionais dos seres humanos, muito menos com a mera repercussão social negativa de lesão individual.

O segundo grupo doutrinário traz conceitos imprecisos, ou tão extensos e genéricos que podem levar a interpretações equivocadas do tema. Carlos Alberto Bittar Filho, por exemplo, um dos doutrinadores mais citados nesta temática, dispõe que o dano moral coletivo é “a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivo”. Bittar Filho exemplifica como valores coletivos os constantes do artigo 1º, I a III, da Lei da Ação Civil Pública - LACP (Lei n.º 7347/1985), aqueles relativos ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.<sup>114</sup>

Longe de estar equivocada, referida concepção, contudo, traz dúvidas e, por conseguinte, leituras e interpretações errôneas. Neste sentido, questiona-se, primeiramente, o que é esta esfera moral de uma comunidade? E o que são estes valores coletivos? Por que valores como os referentes ao meio ambiente e ao consumidor são valores coletivos?

Xisto Tiago Medeiros Neto também fundamenta o dano moral coletivo como a lesão a interesses juridicamente protegidos de uma dada coletividade em seus valores extrapatrimoniais. E afirma que são valores e interesses coletivos aqueles que “dizem respeito à comunidade, como um todo, independente de suas partes”, exemplificando-os como “o direito à preservação do meio ambiente sadio, à conservação do patrimônio histórico e cultural, à garantia da moralidade pública, o equilíbrio e equidade nas relações de consumo, à transparência e à honestidade nas manifestações publicitárias, à justiça nas relações de trabalho, a não discriminação das minorias, ao respeito às diferenças de gênero, raça e religião, à consideração e proteção aos grupos de pessoas portadoras de deficiência, de crianças e adolescentes e de idosos”.<sup>115</sup>

---

<sup>112</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Idem, ibidem*.

<sup>113</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Idem, ibidem*.

<sup>114</sup> BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do dano moral... Op. Cit.*

<sup>115</sup> MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral... Op. Cit.*, p. 40-53.

Mas, novamente, questiona-se: o que são estes valores extrapatrimoniais de uma comunidade? Por que estes valores exemplificados pelo jurista, se violados, geram dano moral coletivo?

Ainda nesta linha doutrinária que traz uma noção genérica e extensa do tema, Luiz Barbugiani, que trata do dano moral coletivo no Direito do Trabalho, afirma que este decorre de “ofensas a atributos metaindividuais de grupos de trabalhadores”.<sup>116</sup>

Questiona-se, mais uma vez: o que são estes atributos metaindividuais?

E em que pese referida conceituação, Barbugiani, quando exemplifica um dano moral coletivo, o faz por meio da figura do assédio moral, afirmando que este será coletivo quando houver pluralidade de vítimas (a partir de duas) ou houver diversidade de assediadores. Ou seja, o jurista parece firmar o entendimento de que tais atributos metaindividuais seriam aqueles pertencentes a uma pluralidade de pessoas (como autores ou como vítimas), sendo, portanto, o número de envolvidos suficiente para a categorização do dano como coletivo.<sup>117</sup>

Entretanto, se o que diferencia um dano coletivo de um dano individual é apenas um critério quantitativo, qual seria a diferença entre interesses transindividuais e aqueles interesses em que há mero litisconsórcio ativo ou passivo?

Esta segunda linha doutrinária, portanto, parece ser genérica e extensa em razão da problemática e nebulosa questão referente à própria concepção de interesses transindividuais.

A terceira linha fundamenta o dano moral coletivo na imaterialidade dos interesses transindividuais, confundindo a infração (o ilícito) com o dano ou igualando-os propositalmente<sup>118</sup>, a exemplo da posição de Leonardo Roscoe Bessa.

Roscoe Bessa fundamenta, em apertada síntese, que o dano moral coletivo se aproxima da noção de ofensa a bem jurídico, e é resultado da mera violação a interesses transindividuais juridicamente protegidos. Defende, assim, que estes interesses metaindividuais têm caráter extrapatrimonial e relevância social, pelo que a sua simples violação já enseja condenação em dever de indenizar, o que seria uma forma de punir os infratores e dissuadir comportamento idêntico. Para Bessa, portanto, quando se está a tratar de dano moral coletivo, não se deve vinculá-los aos elementos próprios da responsabilidade civil,

---

<sup>116</sup> BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. *O dano moral coletivo no ordenamento jurídico brasileiro: conceito, delimitação, responsabilização, arbitramento, análise jurisprudencial, medidas preventivas e repressivas no âmbito trabalhista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 9-33.

<sup>117</sup> BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. *Idem, ibidem*.

<sup>118</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral... Op. Cit.*, p.154- 161.

pois a função da responsabilização para lesões difusas seria punitiva e mais próxima dos paradigmas do Direito Penal do que do Direito Civil.<sup>119</sup>

Em síntese, para esta terceira corrente doutrinária, a mera violação a bem jurídico indivisível ou interesse de natureza transindividual basta para a configuração do dano moral coletivo, e a indenização passa a ter função exclusivamente punitiva.

Bessa fundamenta que a “mera veiculação de publicidade enganosa ou abusiva (...) configura lesão a direitos difusos e enseja, portanto, a condenação por dano moral coletivo, o que, repita-se, possui exclusivo caráter punitivo”.<sup>120</sup>

Esta terceira linha de fundamentação, como salienta Felipe Teixeira Neto, está equivocada por três razões: (i) primeiro porque considera o dano moral coletivo como resultado *automático* da ofensa a bem jurídico indivisível ou da violação de interesses difusos<sup>121</sup>, o que é uma exagerada ampliação do instituto.

Para configuração de dano moral – ainda que este seja coletivo –, é necessário o prejuízo no mundo concreto, o que se relaciona com o comprometimento do fim que justifica a tutela daquele interesse. Ou seja, é necessária a configuração do elemento material do prejuízo, caso contrário, está-se a confundir ato ilícito com dano.

Neste sentido, uma ofensa a bem ambiental ou de consumo nem sempre causará um dano ou envolverá uma pretensão indenizatória. Por exemplo, o ato de lançar lixo na rua, embora constitua uma infração ambiental, nem sempre comprometerá o fim de proteção deste bem indivisível a ponto de acarretar um dano moral coletivo – especialmente se tal ilícito for de pequena monta. Idem quanto à publicidade enganosa.

Ademais, esta terceira linha de fundamentação é equivocada, pois (ii) associa a natureza do bem jurídico violado (o bem indivisível) e do interesse (o transindividual) com a natureza do dano (o moral) quando nem sempre haverá esta correlação.<sup>122</sup>

A violação a bem jurídico indivisível poderá (ou não) resultar em dano moral, mas também poderá causar um prejuízo material. Logo, não é a natureza indivisível do bem que dispõe sobre o efeito da lesão. Neste aspecto, uma publicidade enganosa pode causar um prejuízo material correspondente ao valor gasto para adquirir uma mercadoria que não corresponde ao produto anunciado (e tal prejuízo material pode ser inclusive divisível e

---

<sup>119</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista da Direito e Liberdade – Mossoró*, vol. 7, n. 3, p. 237-274, jul/dez 2007.

<sup>120</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. ... *Op. Cit.*, p. 237-274.

<sup>121</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral... Op. Cit.*, p.154- 161.

<sup>122</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Idem, ibidem*.

individual); assim como um dano ambiental pode acarretar prejuízos tanto morais quanto materiais (que também podem ser divisíveis e individuais, para além dos metaindividuais).

E, por fim, referido entendimento é equivocado em razão de (iii) atribuir caráter exclusivamente punitivo à responsabilidade civil, quando se entende que esta deve ter também uma precípua natureza reparadora, compensatória e preventiva.<sup>123</sup>

Por conseguinte, da análise da doutrina sobre a concepção do dano moral coletivo percebe-se que surgem inúmeras questões, e a primeira problemática se dá quanto à própria noção de interesses ou direitos coletivos, que é o que se passa a analisar.

A problemática e a nebulosidade acerca da concepção destes interesses metaindividuais, entre outras questões – como a própria herança liberal individualista –, pode ser atribuída também à legislação. Esta, por meio do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), conceitua o que são os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, tarefa que, contudo, deveria ter sido responsabilidade da doutrina.<sup>124</sup>

Segundo o legislador, são interesses ou direitos difusos aqueles de natureza indivisível em que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Os direitos coletivos, por sua vez, também de natureza indivisíveis, têm como titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Por fim, são interesses ou direitos individuais homogêneos aqueles divisíveis e que poderiam ser tutelados individualmente, mas que, em razão de atingirem uma coletividade identificada e de maneira homogênea, em decorrência de uma origem comum podem ser tutelados conjuntamente.

Em síntese, os direitos e interesses coletivos *lato sensu* (difusos e coletivos) caracterizam-se por dois elementos: (i) elemento subjetivo ou quantitativo, em razão de haver pluralidade de sujeitos com interesses convergentes, justapostos e correlatos; e (ii) um elemento objetivo ou qualitativo em razão destes interesses serem incidentes sobre o mesmo bem indivisível. Por conseguinte, uma ação coletiva pleiteia uma providência juridicamente indivisível, ainda que faticamente pudesse se operar a sua divisibilidade.<sup>125</sup>

Neste contexto, só será um direito ou um interesse coletivo quando estiverem presentes os dois elementos. Somente a quantificação não é suficiente, do contrário qualquer litisconsórcio ativo ou passivo se traduziria em direitos metaindividuais.

---

<sup>123</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Idem, ibidem*.

<sup>124</sup> VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo... Op. Cit.*, p. 85

<sup>125</sup> CUNHA, Alcides A. Munhoz. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 77, ano 20, p. 224-235, jan./mar. 1995.

Ademais, a diferença entre interesses difusos e coletivos está na determinabilidade dos sujeitos, sendo que os primeiros são indeterminados, e por tal razão a sentença nestes casos faz coisa julgada *erga omnes*, ou seja, atinge a todos indistintamente. Os interesses e direitos coletivos *stricto sensu*, por sua vez, apresentam titularidade determinável, uma vez que (i) os sujeitos mantêm relações jurídicas ou vínculos jurídicos formais com a parte contrária (v.g., consumidores de um determinado produto ou aposentados), ou (ii) os sujeitos são unidos por uma relação jurídica base (v.g., grupo dos lojistas ou dos bancários de determinado município), ou (iii) por possuírem interesses específicos em razão de serem de uma mesma classe (v.g., classes de advogados, médicos e idosos). Como os sujeitos são determináveis, a sentença nestes casos faz coisa julgada *ultra partes*, ou seja, para além das partes do processo, mas não a todos indistintamente, e sim apenas para esta parcela determinável de pessoas.<sup>126</sup>

Quanto aos individuais homogêneos, parte da doutrina os diferencia dos dois primeiros apenas quanto à fase de liquidação, na qual é possível quantificar os danos. Fundamentam, assim, que os direitos individuais homogêneos são direitos materialmente coletivos, pois buscam também – como os difusos e coletivos – uma condenação genérica e uma utilidade processual indivisível.<sup>127</sup> Para outra parcela da doutrina, contudo, estes direitos não possuem conteúdo material coletivo, apenas processual, e, portanto, são direitos efetivamente individuais. Assim, por abarcarem uma quantidade plural de pessoas, mas sem tratar de bem jurídico indivisível, receberão apenas tratamento instrumental distinto.<sup>128</sup>

A discussão, apesar de relevante, será tratada de forma mais aprofundada adiante, quando analisados os casos pseudoindividuais e o dano social. Por ora, basta saber que independente do caráter material ou processual coletivo destes direitos: ambas as correntes doutrinárias defendem a possibilidade (e a necessidade) de coletivização destas demandas para resolução única e isonômica de referidas pretensões.

Aliás, como salienta Venturi, o que realmente deveria importar – para além desta discussão da natureza deste direito, se materialmente individual ou coletivo – é a efetividade da sua proteção jurisdicional. Ou seja, o que salienta o jurista é que não se pode se utilizar da

---

<sup>126</sup> CUNHA, Alcides A. Munhoz. Evolução das ações coletivas... *Op. Cit.*, p. 224-235.

<sup>127</sup> Dentre outros: CUNHA, Alcides A. Munhoz. *Idem, ibidem*; TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo: RePro*, v. 40, n. 241, p. 337-358, mar. 2015.

<sup>128</sup> Dentre outros: HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade... *Op. Cit.*; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória...* *Op. Cit.*, p. 137-183.

natureza destes direitos como individuais para fins de encontrar fundamentos irrazoáveis que terminariam por impedir a tutela jurisdicional destes interesses.<sup>129</sup>

Quanto à homogeneidade destes direitos, é importante salientar que esta não se relaciona com os titulares, mas sim com a origem (“a origem comum”) das pretensões jurídicas individuais reivindicadas coletivamente.<sup>130</sup> Ou seja, esta origem comum não precisa ser qualificada – basta que seja próxima ou remota, ainda que em relação à demonstração do nexo causal predominem questões individuais.<sup>131</sup>

Ainda neste contexto, Hachem fundamenta que, para a correta identificação de um direito como individual ou coletivo, não se deve analisar o direito como um todo, mas sim em sentido estrito, ou seja, deve-se analisar a *pretensão jurídica* no momento da reivindicação.<sup>132</sup>

Isso porque não se pode afirmar, por exemplo, que o direito do consumidor é sempre um direito individual homogêneo. Referido direito pode resultar em pretensões (i) difusas, como é o caso de consumidores que pretendem proibir a circulação de determinado produto reputado nocivo à saúde. Neste caso, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, pois atingirá um número indeterminado de pessoas que são os potenciais consumidores do produto. E ainda pode haver (ii) pretensões coletivas, a exemplo de uma demanda contra propaganda enganosa em detrimento, especificamente, da classe dos diabéticos. E nada impede, também, que haja (iii) discussões individuais referentes a apenas um produto com defeito.<sup>133</sup>

Entretanto, em que pesem os esforços doutrinários, esta classificação rígida dos direitos em difusos, coletivos e individuais homogêneos de acordo com as previsões legislativas, como destaca Elton Venturi, gera uma “penumbra conceitual”, uma completa confusão e incompreensão das categorias, o que leva à inefetividade da tutela coletiva destes direitos. Isso porque esta classificação em três padrões e a dificuldade do perfeito encaixe da pretensão em uma destas três categorias resultam, em geral, em fundamento para a inadmissibilidade e improcedência do pedido.<sup>134</sup>

---

<sup>129</sup> VENTURI, Elton. O problema da representação processual das associações civis na tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos segundo a doutrina de Alcides Alberto Munhoz Da Cunha e a atual orientação do STF. *Revista de Processo: RePro*, v. 255, p. 277-290, mai. 2016.

<sup>130</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade... *Op. Cit.*, p. 670-671.

<sup>131</sup> VENTURI, Elton. *Processo civil...* *Op. Cit.*, p. 74-75.

<sup>132</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade... *Op. Cit.*, p. 618-688.

<sup>133</sup> CUNHA, Alcides A. Munhoz. Evolução das ações... *Op. Cit.*, p. 224-235.

<sup>134</sup> VENTURI, Elton. *Processo civil...* *Op. Cit.*, p. 83-90.



Fato é que a legislação, ao trazer a conceituação específica de cada interesse, induziu uma série de reflexões hermenêuticas sobre os pressupostos de admissibilidade de ações coletivas, o que termina por inviabilizar ou restringir respectivas ações.<sup>135</sup>

Ademais, as várias situações cotidianas podem não se encaixar em tal classificação, ou se encaixar em mais de uma. Uma mesma ação pode ter pedidos ligados a pretensões difusas (v.g., reparação do meio ambiente poluído) e outros individuais homogêneos (v.g., dano material aos pescadores em razão da poluição).<sup>136</sup>

Por esta razão, mais importante do que a análise do direito como um todo é a análise da pretensão jurídica do caso concreto, verificando, especialmente, se referida pretensão é melhor satisfeita individualmente, ou se o ideal é uma ação coletiva que resolva de maneira mais universalizada a eventual demanda.<sup>137</sup>

Logo, não deve ser considerada uma classificação rigorosa, que termina por ser restritiva da tutela judicial destes direitos. E não se trata de ignorar a legislação específica sobre a matéria, mas tão somente lê-la a partir dos dispositivos constitucionais, a exemplo do art. 5º, XXXV, que trata da inafastabilidade da prestação jurisdicional.<sup>138</sup>

Assim, analisada a concepção destes direitos ou interesses coletivos, fixam-se as seguintes premissas para a presente pesquisa: (i) para a conformação destes direitos ou interesses, é necessário o preenchimento de dois elementos, o quantitativo e o qualitativo; (ii) para sua análise, deve ainda ser considerada a pretensão, e não o direito como um todo, assim como os efeitos que se pretende da coisa julgada na respectiva ação (se *erga omnes* ou *ultra partes*), e, por fim, (iii) especialmente não se apegar a conceitualismos irrazoáveis que apenas ensejarão inadmissibilidade ou inefetividade da tutela coletiva.

Por conseguinte, fixadas estas premissas, importa agora voltar ao tema central, isto é, o dano moral coletivo.

Como visto, a doutrina que trata do tema em geral equipara o dano moral coletivo com uma acepção emocional negativa de uma comunidade, ou é genérica e extensa demais. Por vezes, sequer está em harmonia com a concepção de direitos coletivos, esquecendo-se do elemento qualitativo deste direito. Ou está em desarmonia com as funções da responsabilização civil, atribuindo função exclusivamente punitiva à reparação. E, ainda, algumas fundamentações terminam por confundir o dano com o ato ilícito.

---

<sup>135</sup> VENTURI, Elton. *Idem*, p. 86.

<sup>136</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade... *Op. Cit.*, p. 618-688.

<sup>137</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Idem*, *ibidem*.

<sup>138</sup> VENTURI, Elton. *Processo civil...* *Op. Cit.*, p. 89-90.

O que dá contornos ao dano moral coletivo, entretanto, é a união entre a ideia de que dano moral é uma lesão à dignidade (e, portanto, sem qualquer relação com carga emocional ou sentimental humana de uma comunidade), e a concepção de que há direitos ou interesses metaindividuais que guardam intrínseca relação com a dignidade e, por consequência, com o pleno desenvolvimento da personalidade humana, “a partir da satisfação de necessidades coletivas individualmente sentidas associadas a bens jurídicos de fruição transindividual”.<sup>139</sup>

A violação a estes direitos e interesses coletivos que determinam respeito, promoção ou proteção à dignidade configura um ato antijurídico que, acaso comprometa o fim específico destes direitos ou interesses, gera um dano moral coletivo.

É o caso, por exemplo, do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual é tanto um direito fundamental quanto um direito de personalidade difuso, uma vez que promove a dignidade da coletividade ao dizer respeito à qualidade de vida e saúde de todos. Acaso um dano ambiental, portanto, diminua respectiva qualidade de vida de pessoas indeterminadas, está-se frente a uma ofensa à dignidade humana em sua expressão metaindividual, e, por consequência, resta configurado um dano moral coletivo.<sup>140</sup>

Não é, portanto, toda e qualquer lesão ambiental que gerará um dano moral coletivo. É preciso que este dano ambiental, por exemplo, diminua a qualidade de vida de pessoas indeterminadas ou determináveis por certos vínculos jurídicos, ou ligadas em razão do próprio dano.

Pode-se dizer, assim, que se define o dano moral coletivo como o prejuízo experimentado no mundo concreto (elemento material) por uma coletividade (elemento quantitativo) em razão do comprometimento do fim de tutela de um bem jurídico indivisível (elemento qualitativo) pela lesão injusta a interesse difuso ou coletivo relacionado à dignidade (elemento formal).<sup>141</sup>

Este prejuízo real ou esta gravidade suficiente da lesão a comprometer o fim justificador do dever de respeito, proteção ou promoção do bem indivisível – como a qualidade de vida ou a saúde enquanto fins e o meio ambiente enquanto um bem indivisível –

---

<sup>139</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral... Op. Cit.*, p. 154-161.

<sup>140</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental... Op. Cit.*, p. 287-292.

<sup>141</sup> Felipe Teixeira Neto define o dano moral coletivo como “aquele decorrente da lesão a um interesse de natureza transindividual titulado (sic) por um grupo indeterminado de pessoas ligadas por relação jurídica base (acepção coletiva estrita) ou por meras circunstâncias de fato (acepção difusa) que, sem apresentar consequências de ordem econômica, tenha gravidade suficiente a comprometer, de qualquer forma, o fim justificador da proteção jurídica conferida ao bem difuso indivisível correspondente, no caso, à promoção da dignidade da pessoa humana.” In: TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral... Op. Cit.*, p. 179.

é necessária em razão da diferença entre o ato ilícito e o dano. Esta afetação é inerente ao requisito material do dano – o prejuízo experimentado no mundo concreto.

Por conseguinte, se no dano moral individual puro é necessário o preenchimento de dois elementos para sua configuração (elemento formal e material), no dano moral coletivo isso se repete – e com respectivas adaptações destes elementos, por se tratar de um interesse coletivo (com seus critérios quantitativo e qualitativo).

Para a configuração do dano moral coletivo, é necessária a reunião de quatro elementos: (a) *material*: lesão a interesse ou diminuição de bem no mundo concreto; (b) *formal*: antijuridicidade da lesão à dignidade humana; (c) *quantitativo*: afetação de uma coletividade; e (d) *qualitativo*: afetação de um bem indivisível. Cada um dos elementos será explicado a seguir.

(a) Elemento material: seja no dano individual, seja no dano coletivo, o elemento material representa o prejuízo experimentado no mundo concreto. Referido prejuízo se relaciona com o comprometimento do fim que justifica a tutela daquele interesse. É, portanto, o prejuízo que implica a “subtração, destruição ou deterioração” a ponto de afetar um fim específico destes interesses protegidos pelo ordenamento, alterando “a utilidade geral” destes “ou do conjunto de objetos em que a eles estavam integrados”. E esta gravidade ocorre para o dano moral quando este prejuízo concreto compromete o desenvolvimento da personalidade, ou quando compromete a promoção, proteção ou defesa da dignidade.<sup>142</sup>

Sem a configuração deste elemento material, está-se a confundir o dano com o ato ilícito. Assim, dispor sobre uma responsabilidade civil sem considerar este elemento material é dispor sobre uma responsabilidade civil sem danos.

(b) Elemento formal: refere-se à antijuridicidade da lesão à dignidade da pessoa humana. Provém, assim, da norma jurídica e da previsão do Direito positivo do interesse como juridicamente protegido ou do bem como bem jurídico. Trata-se, portanto, da presença de um interesse que não possa ser avaliável pecuniariamente ou de um interesse imaterial que seja conexo à dignidade.

No entanto, mais do que a presença deste interesse juridicamente protegido conexo à dignidade, o elemento formal é a lesão injusta a este interesse, ou seja, quando esta lesão resulta de um ato (ou omissão) que, ainda que não seja ilícito, enseja um dano anômalo e desproporcional de acordo com o ordenamento jurídico e a análise do caso concreto.<sup>143</sup> Este

---

<sup>142</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Idem*, p. 115-137.

<sup>143</sup> FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado... *Op. Cit.*, p. 170-197.

dano é, portanto, antijurídico porque é causado contrariamente ao que foi juridicamente estabelecido.

O elemento formal refere-se, assim, à noção de dano injusto ou antijurídico que afete aspecto fundamental da dignidade humana, não sendo razoável se ponderado com os interesses contrapostos em que não ocorra a sua reparação.<sup>144</sup>

Repita-se que, na presente pesquisa, considera-se, para fins de preenchimento do requisito formal e, portanto, como parâmetro de aferição de ocorrência ou não de dano moral coletivo, duas dimensões da dignidade – esta como valor intrínseco (referente à vida, integridade e igualdade) e como autonomia (referente às liberdades privadas e públicas, além do mínimo existencial). E como a promoção da dignidade da pessoa humana nesta concepção se dá por interesses jurídicos de naturezas diversas, é possível fundamentar a configuração de dano moral coletivo em diversos ramos do Direito (v.g., Direito do Consumidor, Direito do Trabalho, Direito Ambiental).

Sem a configuração deste elemento formal, ou está-se frente a um prejuízo não indenizável (por não ser injusto) ou está-se a tratar de danos de outras espécies que não o extrapatrimonial (porque não comprometem a dignidade).

(c) Elemento quantitativo: este requisito refere-se à pluralidade de sujeitos com interesses convergentes, justapostos e correlatos que deve experimentar o prejuízo no mundo concreto. É preciso, portanto, que uma coletividade seja afetada pelo dano para que este seja considerado como coletivo, seja esta coletividade de pessoas indeterminadas ou determináveis por certos vínculos jurídicos ou ligadas em razão do próprio dano.

(d) Elemento qualitativo: refere-se à presença de um bem indivisível afetado ou de uma providência juridicamente indivisível, ainda que faticamente pudesse se operar a sua divisibilidade.<sup>145</sup>

Disso decorre que nem todos os danos coletivos vão lidar com a reação do ordenamento jurídico por carência de algum destes quatro elementos – seja o elemento formal, seja o elemento material, sejam os elementos quantitativos ou qualitativos referentes ao interesse metaindividual.

É o caso do falecimento do ator Domingos Montagner, que gerou comoção nacional. O ator se afogou em Canindé de São Francisco-SE ao nadar no Rio São Francisco, em uma região que estava sem placas de sinalização ou bóias limitando a área segura para os banhistas. O Ministério Público Federal responsabiliza a Prefeitura Municipal e pleiteia a

---

<sup>144</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos a pessoa...* Op. Cit., p. 165-181.

<sup>145</sup> CUNHA, Alcides A. Munhoz. *Evolução das ações...* Op. Cit., p. 224-235.

reparação dos danos morais coletivos, fundamentando que o acidente ocorreu em decorrência da omissão do Poder Público pela falta de equipamentos de segurança no local.<sup>146</sup>

Não se negam o valor da vida, a repercussão social ou a respectiva comoção, porém é bastante questionável se restam preenchidos os quatro requisitos acima destacados para configuração de dano moral coletivo.

O falecimento do ator, ainda que tenha uma repercussão social, ou seja, ainda que tenha gerado sentimentos de comoção na coletividade, não terminou por lesionar ou por comprometer no mundo concreto algum fim dado a bem jurídico protegido que seja indivisível e que tenha conexão com a dignidade. Em outras palavras, não há, enfim, nenhum bem indivisível neste caso que tenha tido seu fim de proteção jurídica gravemente diminuído.

E ainda que haja interesse público envolvido em razão da omissão do Estado em sinalizar corretamente os perigos inerentes, não há como se fundamentar que, em decorrência deste interesse público violado, estaria configurado o dano moral coletivo. Ora, é interesse público que todas as normas sejam observadas, uma vez que todo interesse juridicamente protegido deve ser considerado como interesse público em sentido amplo<sup>147</sup>. Mas entender que a mera infração a interesse público gera dano moral coletivo alarga tanto a concepção deste que qualquer prejuízo – mesmo que decorrente de interesse individual – seria suficiente para configuração de danos morais metaindividuais.

Assim, se houve omissão estatal no caso, esta terá que ser resolvida (i) na esfera individual, quanto ao prejuízo no mundo concreto referente ao bem individual da vida digna lesionado; e (ii) na esfera coletiva, em que caberá a pretensão jurídica para a remoção do ato ilícito com fito de que a área seja sinalizada corretamente, e que assim seja garantido o serviço público adequado.

E saliente-se que a falha ao serviço público adequado, se ocorreu, trata-se de uma omissão antijurídica, mas que não causou dano moral metaindividual por ausência, nesta hipótese, do elemento material – prejuízo coletivo que tenha afetado concretamente o fim de proteção deste bem (a vida, a saúde e a segurança de uma coletividade).

---

<sup>146</sup> BARBOSA, Anderson Barbosa; GONÇALVES, Joelma; ANDRADE, Tássio. *MPF pede reparação ao dano moral coletivo por morte de Montagner*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/2016/09/mpf-pede-reparacao-ao-dano-moral-coletivo-por-morte-de-montagner.html>> Acesso em: 09 abr. 2018.

<sup>147</sup> Hachem diferencia o interesse público em sentido amplo do interesse público em sentido estrito salientando que o interesse público em sentido amplo é composto de interesses legítimos e direitos subjetivos, aí se incluindo direitos individuais, difusos ou coletivos, fundamentais ou não. Logo, a infração a estes interesses ofende o interesse público em sentido amplo. O desrespeito a interesse público em sentido amplo, contudo, não se confunde com a lesão (o prejuízo concreto) a interesse difuso ou coletivo. In: HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 163.

Não se pode, portanto, conceber o dano moral coletivo por mera violação à norma e à repercussão social desta violação, pois neste caso todos os atos ilícitos gerariam dano moral coletivo, especialmente aqueles com forte repercussão midiática, ou os resultantes de toda e qualquer omissão estatal. Este raciocínio, além de não apresentar lógica (pois enseja que a conclusão de qualquer infração geraria dano moral coletivo), termina por banalizar por completo o instituto. Se “tudo” pode ser fundamentado como dano moral, a noção de dano moral esvazia-se completamente.

Diverso deste caso é a hipótese de omissão à prestação de serviço público adequado que gere prejuízos no mundo concreto a uma coletividade, como, por exemplo, um serviço público de saúde ineficiente e que cause a diminuição da qualidade de vida de inúmeras pessoas. Nesta hipótese, independentemente dos prejuízos individuais e também patrimoniais que podem estar presentes, há o preenchimento dos quatro requisitos para a configuração do dano moral coletivo: elemento material, quantitativo (prejuízo coletivo no mundo concreto), formal e qualitativo (lesão desproporcional a bem jurídico indivisível – a prestação do serviço público de saúde – que compromete a dignidade).

Ou seja, entende-se que há dano moral coletivo nesta última hipótese pois o bem jurídico protegido indivisível lesionado (a prestação de serviço público adequado) resultou em prejuízo no mundo concreto de uma coletividade determinável (os usuários do serviço público) a ponto de comprometer o fim da proteção jurídica deste bem (no caso, a saúde e a segurança – elementos conexos à vida digna).

Outras situações que podem legitimar a pretensão de reparação pelo dano moral coletivo para além das pretensões individuais e patrimoniais são, por exemplo, a ampla comercialização de um produto consideravelmente prejudicial à saúde e a discriminação de raça e minorias. São situações em que há o elemento material, quantitativo (prejuízo coletivo no mundo concreto), formal e qualitativo (lesão desproporcional a bem jurídico indivisível – saúde e igualdade – que compromete a dignidade).

Desta análise dos quatro requisitos necessários para configuração de dano moral coletivo, resulta também outra conclusão: a comoção social não é elemento necessário e hábil a demonstrar a configuração do dano moral coletivo. Ou seja, mesmo que não se visualize a comoção social, a ação coletiva deve ser admitida. No caso do ator, mesmo com repercussão coletiva, não se tem configurado um dano moral transindividual.

Diferente da repercussão social é a análise de relevância social, uma vez que esta, embora não seja pressuposto de admissibilidade das demandas coletivas, a elas é inerente.

Como salienta Venturi, pouco importa se a tutela coletiva irá tratar de reparação de danos decorrentes de relação contratual ou legal, ou que tenha natureza de consumo, trabalhista, tributária ou ambiental. Pouco importa, ainda, se o número de beneficiários é razoável ou se o evento lesivo teve repercussão midiática, uma vez que toda e qualquer demanda coletiva tem presente relevância e interesse social.<sup>148</sup>

Ou seja, não se consideram a natureza jurídica do direito material tutelado, as características da lesão e nem o número de prejudicados. O que se considera é a escolha pela técnica da demanda coletiva de direitos, superior à individual em inúmeros aspectos, especialmente no ideal de acesso à justiça decorrente de lesões produzidas em massa – e daí decorre que há relevância social.<sup>149</sup>

Feitas tais análises, é pertinente ainda discorrer acerca de casos ditos “pseudoindividuais” e que são típicos de uma sociedade de massa. É a hipótese, por exemplo, da Associação SOS Consumidor, que ingressou com uma ação civil pública contra o Facebook no Brasil pelo vazamento dos dados de 443 mil usuários brasileiros. Sua pretensão jurídica consiste na reparação pecuniária por danos morais coletivos, requer-se que seu valor seja revertido ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos.<sup>150</sup>

Situação semelhante a esta é a da ação civil pública intentada pelo Ministério Público em face da Microsoft para impedir que o sistema operacional de computador Windows 10 continue obtendo dados pessoais dos usuários sem seu expresso consentimento, além da pretensão jurídica de reparação por dano moral coletivo.<sup>151</sup>

Ou seja, em referidas ações coletivas há pedido de ordem difusa – a inibição e a remoção do ilícito –, da qual se beneficiam os presentes e futuros consumidores. Mas e quanto ao dano moral: este pode ser considerado decorrente de uma lesão a bem jurídico *genuinamente* indivisível? Ou tais pretensões poderiam ser cindidas por tais milhares de consumidores e ser considerado, portanto, um interesse individual, quiçá homogêneo?

Portanto, se respectivas ações são uma ação coletiva de direitos individuais ou uma ação de direitos coletivos parece resolver pouco o problema, especialmente porque, como relatado, a ação apresenta pedidos de toda dimensão.

---

<sup>148</sup> VENTURI, Elton. *Processo civil... Op. Cit.*, p. 241-247.

<sup>149</sup> VENTURI, Elton. *Idem, ibidem*.

<sup>150</sup> Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI278853,11049-Associacao+processa+Facebook+por+vazamento+de+dados+de+usuarios>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

<sup>151</sup> Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/mpf-entra-com-acao-contra-microsoft-para-que-windows-10-deixe-de-coletar-dados-dos-usuarios-22631101>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

Outro exemplo é o caso do incêndio à Boate Kiss em Santa Maria-RS, que causou a morte de 242 pessoas e feriu outras 680, incêndio este causado por um sinalizador disparado no palco em direção ao teto por um integrante de um grupo musical que se apresentava no local. A Defensoria Pública Estadual, substituta processual dos atingidos pelo incêndio, ajuizou uma ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos e requereu a reparação de dano moral coletivo<sup>152</sup>. Uma associação de vítimas e familiares criada após a tragédia também é parte desta ação.<sup>153</sup>

Aqui, portanto, além do pedido individual homogêneo de reparação de danos morais e materiais, o autor da ação pleiteia *cumulativamente* a reparação do dano moral coletivo, entendendo, assim, que há um bem difuso lesionado.

Estes três exemplos de danos e outros similares numa sociedade complexa geram muito debate e discussão sobre como estes devem ser interpretados – se individual ou coletivamente –, o que exige uma análise mais aprofundada.

Neste contexto, quando se trata de direitos individuais homogêneos, conforme já destacado, é a sua origem comum que justifica uma reivindicação coletiva, a qual sobrevém, segundo alguns doutrinadores, não por meio da ação civil pública – uma ação de direitos coletivos –, mas sim por meio da ação coletiva de direitos individuais.<sup>154</sup>

Segundo Hachem, a possibilidade de esta tutela coletiva de direitos individuais ocorrer se dá por variadas razões. A primeira (i) é para fins de evitar decisões judiciais conflitantes a respeito de idêntica situação fática e jurídica, em respeito, portanto, aos princípios da isonomia e da segurança das relações jurídicas que reclamam uma resposta igualitária ao litígio, o que é assegurado quando a questão é julgada no bojo de um só processo.<sup>155</sup>

Assim, este processo coletivo segue um procedimento bifásico<sup>156</sup>. Nos termos do art. 95 do CDC, o processo é conduzido primeiramente por uma parte representativa – Ministério Público, sindicatos, associações etc. – que age em defesa do grupo até o julgamento final do

---

<sup>152</sup> Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/defensoria-pede-indenizacao-para-parentes-de-vitimas-da-boate-kiss-7967336>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

<sup>153</sup> BRASIL. Autos n.º 027/1.13.0004136-6 em trâmite na 1ª Vara Cível Especializada em Fazenda Pública da Comarca de Santa Maria – Rio Grande do Sul, ainda sem julgamento.

<sup>154</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade... *Op. Cit.*, p. 669.

<sup>155</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Idem, ibidem*.

<sup>156</sup> Há, além deste procedimento bifásico, outros procedimentos de tutela coletiva de direitos individuais, especialmente quando tais direitos são uniformes ou dispersos, o que será abordado no item 2.2.2 do presente trabalho.



caso, buscando uma condenação genérica.<sup>157</sup> Numa segunda fase, cada vítima beneficiada pela sentença de procedência com condenação genérica tem legitimação ordinária para pretender apurar o *quantum* devido, provando apenas o nexo causal específico e individual entre o fato danoso e os prejuízos sofridos, pois a obrigação de indenizar já estará certa.<sup>158</sup>

Com este procedimento, portanto, evitam-se decisões conflitantes e preserva-se a isonomia. Diverso é o procedimento genuinamente coletivo, ou seja, na ação civil pública com pretensão de condenação ressarcitória em pecúnia, a condenação não é genérica, e sim já de valor fixo, que deve ser revertido para um fundo social, o qual aplicará estes recursos – em teoria – na “reconstituição dos bens lesados” (art. 13 da LACP).<sup>159</sup>

Mas há outra razão para que se permita a coletivização das pretensões jurídicas individuais. Um segundo fundamento é a (ii) economia processual, uma vez que a tutela processual coletiva evita a proliferação de incontáveis demandas individuais, o que abarrotaria desnecessariamente o Poder Judiciário e atentaria contra o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal).<sup>160</sup>

Entretanto, se o objetivo é evitar o abarrotamento do Judiciário, como justificar nas hipóteses anteriormente relatadas (casos do Facebook e do Windows 10) que o direito seja individual homogêneo, e que, portanto, sejam necessárias milhares de execuções individuais – em que se discutirão em cada uma um específico e respectivo nexo causal e uma quantificação de danos?

Logo, a solução brasileira de privilegiar o indivíduo, permitindo-lhe o controle da tutela jurisdicional quando da execução, pode parecer inteligente à primeira vista, mas se mostra insuficiente e colidente com todos os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, o que exige, portanto, uma reforma urgente do assunto. Ademais, a resposta da ação genuinamente coletiva com a remessa do valor ao fundo social também se mostra ineficiente, uma vez que a administração destes – na prática – não tem efetivado qualquer reparação dos bens lesionados.<sup>161</sup>

Neste contexto, uma solução que a doutrina tem cogitado é a da sentença da ação coletiva determinar um valor fixo para que o demandado efetue os respectivos depósitos em contas judiciais para cada vítima como forma de ressarcimento pelo dano, mas sem

---

<sup>157</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Collective Tort Litigation and Due Process of Law: the Brazilian Experience*. *International Journal of Procedural Law*, v. 4/01, p. 42-61, 2014.

<sup>158</sup> CUNHA, Alcides A. Munhoz. *Evolução das ações...* *Op. Cit.* p. 224-235.

<sup>159</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Collective Tort Litigation...* *Op. Cit.*, p. 42-61.

<sup>160</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *A dupla titularidade...* *Op. Cit.*, p. 669.

<sup>161</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Collective Tort Litigation...* *Op. Cit.*, p. 42-61.

necessidade de execução e liquidação individual, considerando que o réu detém – nos exemplos dados (casos do Facebook e do Windows 10) – os registros de quais foram os consumidores lesionados. Entretanto, parte da doutrina fundamenta que uma condenação desta espécie sacrifica a essência do devido processo legal, especialmente o contraditório e a ampla defesa, ainda que o processo coletivo tenha tais categorias clássicas diversas do processo individual.<sup>162</sup>

Isso porque a causalidade específica (v.g., referente a cada consumidor) poderia ser considerada diversa, impossibilitando uma condenação que não fosse somente genérica, o que poderia ser considerada como uma violação à ampla defesa e ao contraditório.<sup>163</sup>

É o caso dos usuários do Windows 10, no qual não se pode afirmar que efetivamente todos os consumidores tiveram seus dados coletados sem autorização, pois esta questão é dependente de produção de prova e análise de causalidade específica. No caso do Facebook, contudo, já se tem determinado quem são os consumidores efetivamente lesionados, embora sejam milhares.

Mas há ainda um terceiro fundamento e hipótese que autoriza a possibilidade de coletivização dos interesses que sejam individuais homogêneos. São, por exemplo, (iii) os casos em que as dimensões econômicas dos danos sofridos individualmente são baixas e inibem, portanto, seus titulares de buscar a tutela judicial, por não valer a pena submeter-se aos encargos judiciais por questões tão singulares. Nestes casos, justifica-se a propositura de sua defesa pela via coletiva, para além de uma condenação genérica e sem necessidade de execução individual, ou seja, já com fixação de valor indenizatório a ser remetido ao fundo social, a denominada *fluid recovery* (art. 100 do CDC).<sup>164</sup>

Entretanto, questiona-se: a previsão deste dispositivo alcança somente os casos em que os demandantes não busquem a tutela coletiva em razão da pequena dimensão econômica dos danos? Não poderia se considerar que o acesso à Justiça no Brasil – mesmo para danos de monta mais expressiva – é dificultado? Nos exemplos anteriormente citados (Facebook e

---

<sup>162</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem, ibidem*.

<sup>163</sup> Marinoni e Arenhart analisam que parte da doutrina brasileira conclui que o réu do processo coletivo que é condenado a reparar os prejuízos individuais sem a respectiva liquidação e sem ter a oportunidade de discutir ou desafiar essas perdas individuais tem o direito a uma defesa adequada e ao respectivo contraditório violado, uma vez que o réu é privado da oportunidade de contestar os pedidos individuais de indenização, já que a execução ocorreria automaticamente. Assim, os processualistas indicam que é necessário conferir outra interpretação à regra dos arts. 103 e 104 do CDC que é fundamentar que a sentença se limita – no processo coletivo – a tornar incontroversa a ocorrência da conduta considerada ilícita. Esta interpretação, embora tendo o mérito de dar à regra uma interpretação harmoniosa com as garantias processuais fundamentais, reduz a utilidade da norma, pois a situação das vítimas permanece incerta. In: MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem, ibidem*.

<sup>164</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade... *Op. Cit.*, p. 670.

Windows 10), já não é possível antever que uma maioria dos consumidores não buscará o acesso à Justiça no prazo de um ano, conforme previsão do art. 100 do CDC? Ademais, o objetivo da ação coletiva não é trazer representação adequada justamente para aqueles que não têm acesso ao Judiciário?

A discussão, portanto, para os exemplos acima expostos, e a indagação se há ou não dano moral coletivo nos casos Facebook e Windows 10, passam por tais previsões normativas, problemas e questões. Ou seja, se a pretensão destes casos é individual e cabe tão somente uma condenação genérica, nos termos do art. 95 do CDC – não havendo, assim, dano moral coletivo, mas somente danos morais individuais –, ou se é possível uma condenação no formato *fluid recovery* para reparação de dano moral coletivo. Este ponto se relaciona com o tema anteriormente descrito: se tais direitos individuais homogêneos são materiais ou processualmente coletivos.

Ocorre que, em uma sociedade de massa, cada vez mais uma imensa quantidade de pessoas titulariza individualmente um direito que é na essência idêntico aos demais, e surgem situações em que tais direitos são ameaçados ou violados. Exigir que demandas com milhares de pessoas representadas sejam resolvidas com as mesmas garantias e procedimentos de demandas individuais é, para Talamini, transformar o processo coletivo em mecanismo de simplificação de litisconsórcio, o que seria, inclusive, incompatível com a Constituição Federal.<sup>165</sup>

Como fundamenta Venturi, atender às pretensões de tutela difusa e coletiva, esquecendo-se de realmente coletivizar a tutela individual homogênea, representa uma instrumentalização por menos da metade, pois deixa sem tutela jurisdicional adequada milhões de consumidores, servidores públicos, segurados da Previdência Social e contribuintes, entre outras vítimas de lesões com origem comum que nunca contaram e possivelmente nunca contarão com o acesso à Justiça pela via exclusivamente individual.<sup>166</sup>

Neste contexto, tanto Talamini<sup>167</sup> quanto Venturi<sup>168</sup> salientam que a posição de Alcides Cunha, que termina por relativizar o binômio entre tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, mostra-se bastante pertinente.

Isso porque haverá casos em que se deve conceder a tutela coletiva porque, ainda que o bem lesionado possa ser cindível, o número de atingidos pelo ato lesivo é indefinido, ou é tão disperso que não há como saber quantos ou quais são os titulares de tais direitos. E o art.

---

<sup>165</sup> TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos... *Op. Cit.*, p. 337-358.

<sup>166</sup> VENTURI, Elton. O problema da representação processual... *Op. Cit.*, p. 277-290.

<sup>167</sup> TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos... *Op. Cit.*, p. 337-358.

<sup>168</sup> VENTURI, Elton. O problema da representação... *Op. Cit.*, p. 277-290.

100 do CDC tutela justamente tais casos, pressupondo certo grau de “transindividualização destes direitos”.<sup>169</sup>

Talamini fundamenta ainda que, apesar de a redação do art. 100 do CDC não ser perfeita, denota-se que “para o ordenamento, o sujeito adota conduta apta a lesar direitos de uma quantidade significativa de indivíduos, merece ser sancionado especificamente também por isso”. Ou seja, independentemente das tutelas individuais, “o sujeito responde, adicionalmente, por haver violado (ou ameaçado efetivamente) a esfera estritamente individual de uma grande quantidade de indivíduos”.<sup>170</sup>

Ou seja, o ordenamento efetivamente censura – no art. 100 do CDC – comportamentos aptos a gerar lesões individuais multitudinárias, o que fundamenta, inclusive, uma função punitivo-dissuasória deste tipo de responsabilização. Isso porque é uma censura adicional, que não corrobora somente com a economia processual, pois é independente das ações e condenações individuais.<sup>171</sup>

Logo, a percepção de que os direitos individuais homogêneos são materialmente coletivos é fundamental para a compreensão, por exemplo, da previsão deste art. 100 do CDC, pois este dispositivo confere uma relevância *qualitativa* ao aspecto *quantitativo* (a lesão a inúmeros direitos individuais).<sup>172</sup>

A previsão do art. 100 do CDC trata-se, portanto, de uma ficção jurídica que trata tais casos como materialmente coletivos, ou seja, como se tutelassem um bem jurídico indivisível em prol da segurança jurídica, da previsibilidade das consequências e do tratamento isonômico.

Hachem, apesar de fundamentar que os direitos individuais homogêneos não são materialmente coletivos, afirma que “é inadmissível, pois, um apego excessivo e rigoroso à classificação legal das categorias de direitos sujeitos ao sistema de defesa judicial coletiva, haja vista a existência de uma linha tênue entre eles”.<sup>173</sup>

Por conseguinte, é em razão desta linha tênue, que para além dos danos individuais, entende-se que há dano moral coletivo nestas hipóteses (Facebook e Windows 10), pois o bem jurídico protegido lesionado – a prestação de serviço de consumo adequado –, resultou em prejuízo no mundo concreto a uma coletividade, com lesões multitudinárias, a ponto de

---

<sup>169</sup> TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos... *Op. Cit.*, p. 337-358.

<sup>170</sup> TALAMINI, Eduardo. *Idem, ibidem*.

<sup>171</sup> TALAMINI, Eduardo. *Idem, ibidem*.

<sup>172</sup> TALAMINI, Eduardo. *Idem, ibidem*.

<sup>173</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade... *Op. Cit.*, p. 681.

comprometer o fim da proteção jurídica deste bem (no caso, a intimidade – elemento conexo à vida digna), nos termos do art. 100 do CDC.

Uma representação adequada da coletividade em tais lides, contudo, deverá verificar se não é necessária a cumulação de duas pretensões para fins de pacificação social: uma pela condenação genérica para fins de execuções individuais (art. 95 do CDC) e outra pela reparação do dano moral qualificado como coletivo (art. 100 do CDC).<sup>174</sup>

É o caso do terceiro exemplo dado, o da Boate Kiss, em que há este pedido qualificado como coletivo – a pretensão de reparação por dano moral coletivo –, cumulado com os pedidos de reparação de danos individuais homogêneos (a dependerem de execução individual).

Quanto a este caso da Boate Kiss, há dano moral coletivo, pois o bem jurídico protegido lesionado – a prestação de serviço de consumo adequado –, resultou em prejuízo no mundo concreto de uma coletividade, haja vista que os residentes da cidade tiveram sua rotina e suas escolhas pessoais afetadas com o incidente. Aqui, portanto, há um bem que teve seu fim de proteção jurídica (a vida, saúde e segurança do consumidor e a integridade psíquica da coletividade) afetado em razão da morte de centenas de pessoas, o que ultrapassa os pedidos meramente individuais e justifica a cumulação dos pedidos singulares com a pretensão de dano moral coletivo (art. 6º, I e art. 14, §1º, II do CDC).

Neste caso da Boate Kiss, portanto, o cabimento da pretensão de reparação por danos morais coletivos se dá em razão da quantidade que ganha relevância qualitativa. Ou seja, mesmo que não se visualizasse repercussão social, que evidentemente está presente, a pretensão seria admitida. Assim, entende-se nestes casos que o elemento qualitativo do dano moral coletivo é preenchido por ficção jurídica.

---

<sup>174</sup> O problema da reparação apenas do dano moral coletivo, sem que se trate da reparação das lesões individuais, embora apresentado como uma solução para impunidade, já vem sendo debatido pelos estadunidenses. Discute-se, por exemplo, a representação adequada do caso Google v. Gaos, no qual se questionou eventual vazamento de dados dos usuários do réu coletivo. No curso da disputa, celebrou-se composição financeira dos possíveis danos e, após o desconto da importância dedicada aos advogados e aos representantes que atuaram no processo, a quantia remanescente foi endereçada a instituições de ensino superior e a centros voltados ao estudo da proteção da privacidade. O caso retornou à Justiça estadunidense (em face dos advogados da classe apenas) para fins de questionar se teria havido correta reparação e representação adequada de tais interesses individuais homogêneos, uma vez que a indenização não foi revertida *diretamente* aos lesados, por serem indetermináveis. No Brasil, contudo, a reparação pelo dano moral coletivo de lesões multitudinárias não exige o ofensor de reparar indivíduos que acessem o Judiciário com referidas pretensões. Neste contexto, entretanto, é imprescindível que não se perca de vista que a função da responsabilidade civil (ainda nestas hipóteses de lesões multitudinárias) não é apenas punitivo-dissuasória, mas também reparatória, pelo que a situação ideal em alguns casos poderá ser a ação coletiva cumular pretensões de reparação dos interesses individuais com condenação genérica com o pedido de reparação do dano moral coletivo. In: OSNA, Gustavo. O Fundo de Defesa de Direitos Difusos e a execução de decisões coletivas. *Revista Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-03/gustavo-osna-direitos-difusos-execucao-decisoes-coletivas>>. Acesso em: 03 abr. 2018.

Entretanto, como estes danos qualificados como coletivos (no caso do Facebook, do Windows 10 ou da Boate Kiss) se tratam, no fim, de direitos individuais homogêneos que podem ser cindidos, há quem entenda que hipóteses como esta representam tão somente a soma de prejuízos individualmente suportados e que, portanto, não se trataria de dano moral coletivo.<sup>175</sup>

Mas como já abordado, mais importante do que catalogar a pretensão envolvida é verificar se esta será melhor e mais efetiva e isonomicamente atendida pela via individual ou pela via coletiva. Nos casos citados, entende-se que a tutela dos direitos é mais resguardada pela via coletiva – sem negar a possibilidade de demandas individuais sobre tais lesões.

Evidentemente, a aceitação de dano moral coletivo nestes casos não pode significar a mercantilização dos direitos – especialmente por se tratarem de direitos fundamentais – ou da própria dignidade. Logo, para uma tutela efetiva, é necessário que a representação em tais lides seja efetivamente adequada, e que os valores indenizatórios sejam revertidos (ainda que indiretamente) em prol daqueles que devem ser seus beneficiários (nos termos do art. 13 da LACP e art. 100, parágrafo único do CDC). E que, preferencialmente, alguma forma de reparação específica de respectivos danos morais coletivos seja determinada – em vez de condenações pecuniárias.

### 1.1.3. Fundamentos jurídicos e tratamento jurisprudencial do dano moral coletivo e a diferença com outros tipos de danos: dano existencial e dano social

A partir da noção de dano moral coletivo desenhada no item anterior, já se tem alguns embasamentos jurídicos deste. Entretanto, ainda é necessário refletir se a referida caracterização apresenta demais fundamentos. Portanto, o questionamento que se faz neste momento é: qual é o fundamento legal e constitucional para a reparação dos danos morais individuais e coletivos na forma como expostos? E o tratamento jurisprudencial?

Quanto ao dano moral individual, em 1988 a Constituição Federal trouxe expressamente a previsão para a reparação deste por meio do art. 5º, V (responsabilidade decorrente da liberdade de pensamento)<sup>176</sup> e X (lesão aos direitos de personalidade).<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral... Op. Cit.*, p. 177-180.

<sup>176</sup> Constituição Federal de 1988: “V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

<sup>177</sup> Constituição Federal de 1988: “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Entretanto, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, a posição do STF já era pela reparação do dano extrapatrimonial individual, mas em situações restritivas.<sup>178</sup>

Havia, contudo, já antes da Constituição Federal, outras legislações que tratavam do dano moral direta ou indiretamente, como o Decreto n.º 2681/1912, que regulava a responsabilidade civil das estradas de ferro, o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n.º 4117/1962), a Lei de imprensa (Lei n.º 5250/1967) e a Lei da Ação Civil Pública - LACP (Lei n.º 7347/1985).<sup>179</sup>

O Código Civil Brasileiro de 1916 (Lei n.º 3071/1916), por sua vez, não tinha previsão expressa sobre sua reparação, como ocorre no atual, por meio dos arts. 186<sup>180</sup> e 927<sup>181</sup> (Lei n.º 10.406/2002).

Com referidas previsões legais e constitucionais, e o reconhecimento da reparação do dano moral pela jurisprudência, o debate mantido por um período correspondia à possibilidade de cumulação deste com a indenização por dano patrimonial. Quanto a esta questão, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 37 em 1992, a qual prevê a possibilidade de cumulação das indenizações por dano material e moral que sejam oriundos do mesmo fato.<sup>182</sup>

A noção de dano moral quanto lesão à dignidade, por sua vez, é mais recente e apresenta diversos precedentes jurisprudenciais<sup>183</sup>, embora haja inúmeras contradições acerca da matéria, conforme já salientado.

Quanto à função desta responsabilidade civil por danos morais, majoritariamente a jurisprudência fundamenta que esta é dupla: compensatória e punitiva. Neste sentido, após análise de centenas de julgados sobre o dano moral no STJ, Bodin Moraes indicou que, desde 1998, o Tribunal tem apresentado elementos intrinsecamente punitivos quando da fixação do *quantum* indenizatório, como o “grau de culpa” e o “porte econômico das partes”. A autora indica que, desde 2000, percebe-se também um acréscimo no valor da indenização para que este sirva de desestímulo ao ofensor em repetir o ato danoso (o que seria uma função

---

<sup>178</sup> A primeira decisão favorável do STF à tese de ampla aceitação do dano moral se deu em 1921 em razão da morte de um passageiro, sendo condenada uma indústria de transporte. In: LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental... Op. Cit.*, p. 280.

<sup>179</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Idem*, p. 247-287.

<sup>180</sup> Código Civil Brasileiro: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

<sup>181</sup> Código Civil Brasileiro: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

<sup>182</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 37, Corte Especial, julgado em 12/03/1992, REPDJ 19/03/1992, p. 3201, DJ 17/03/1992, p. 3172.

<sup>183</sup> Entre outros precedentes: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 595.734/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02/08/2005, DJ 28/11/2005.

punitivo-dissuasória, e para alguns uma função preventiva). Bodin Moraes, entretanto, salienta que, apesar destas indicações, a maioria dos julgados não se atém à necessária fundamentação jurídica quando da fixação do *quantum* indenizatório, nos termos do art. 93, IX da Constituição Federal.<sup>184</sup>

A reparação do dano em sua dimensão transindividual, por sua vez – apesar de o Brasil ter sido o primeiro sistema de *civil law* a introduzir a proteção de direitos coletivos em seu ordenamento jurídico<sup>185</sup> – teve construção jurisprudencial ainda mais tardia que a da reparação do dano moral individual.

Isso se dá porque a concepção tradicional é pela tutela de direito individual, na qual há uma relação jurídica entre o titular do direito (sujeito ativo) e o destinatário (sujeito passivo) e uma prestação positiva ou negativa (objeto da relação); tudo determinável e claramente identificado. O processo no Brasil até hoje detém este viés liberal-individual-subjetivista, que é resultado do ideário iluminista oitocentista no qual o indivíduo é visto como o único titular de direito subjetivo.<sup>186</sup>

Porém, esta estrutura individualista não é suficiente para a resolução dos conflitos que se apresentam, especialmente numa sociedade de massa, razão pela qual adveio a tutela coletiva de direitos individuais e a tutela de direitos coletivos propriamente ditos, cujas demandas são marcadas por dificuldades. A primeira é a própria legitimação ativa que se refere a quem poderá litigar em nome de uma coletividade de pessoas e como estas pessoas se organizarão para fins de deterem uma representação adequada. O segundo problema diz respeito à coisa julgada, uma vez que a decisão não pode mais ser restringida apenas às partes processuais (autor e réu).<sup>187</sup>

A pressão para uma legislação própria para este tipo de discussão é impulsionada desde 1970 no Brasil – primeiramente com a preocupação ao meio ambiente, e também aos consumidores, embora posteriormente tenha se percebido que a tutela coletiva contempla uma série de outras situações.<sup>188</sup>

O primeiro diploma que tratou desta dimensão coletiva foi a Lei da Ação Popular (LAP, Lei n.º 4.717/1965), e, posteriormente, a Lei de Ação Civil Pública (LACP, Lei n.º 7347/1985), que inicialmente tutelava apenas meio ambiente, consumidor e bens e direitos de

---

<sup>184</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. Dano moral: conceito, função, valoração. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 413, p. 361-378, 2011, p. 367-368.

<sup>185</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 622, The Globalization of Class Actions (Mar., 2009), p. 63-67.

<sup>186</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade... *Op. Cit.*, p. 618-688.

<sup>187</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Idem, ibidem*.

<sup>188</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Idem, ibidem*.



valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, mas que, com as alterações da Lei n.º 8.884 de 1994, passou a ser utilizada para a tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo. Soma-se, ainda, o Código de Defesa do Consumidor (CDC, Lei n.º 8078/1990), aplicável também à defesa de quaisquer direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, não apenas na matéria de consumo, mas no que for cabível, conforme previsão do art. 21 da LACP. E, para além destes diplomas, há diversas leis esparsas, como, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8069/1990) e a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8429/1992).<sup>189</sup>

Com estas legislações, tinha se resolvido parcialmente a legitimação ativa (com a previsão legal de quais entes poderiam representar a coletividade, não se restringido apenas ao Ministério Público, mas se estendendo a sindicatos, associações e defensorias públicas). A coisa julgada não mais se limitava àquele sujeito ativo do processo, mas passava a ser *erga omnes* ou *ultra partes*. Ainda pela via legislativa, houve uma classificação e uma definição destes direitos, conforme já exposto no item anterior (a divisão entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos).<sup>190</sup>

Quanto à reparação do dano moral coletivo, especificamente, há previsão legislativa para esta reparação tanto no art. 6º, VI do CDC quanto do enunciado do art. 1º da LACP (já com a modificação de 1994), que preveem que a responsabilização por danos morais causados a qualquer interesse difuso ou coletivo é possível. Quanto aos interesses individuais homogêneos, há previsão legislativa para o tratamento deste pelas via coletiva nos arts. 91 a 100 e 104 do CDC e art. 13 da LACP.

Portanto, com base especialmente no art. 1º, *caput*, da LACP, seja qual for o interesse transindividual em litígio, se lesionado, poderá estar configurado o dano moral coletivo, culminando na pretensão de reparação.

Assim, a partir da ocorrência deste dano moral coletivo, surge uma relação jurídica que pode ser assim destrinchada segundo Bittar Filho entre: a) o sujeito ativo (a coletividade lesada, detentora do direito à reparação); b) o sujeito passivo (o causador do dano – pessoa física, ou jurídica, ou então coletividade outra, que tem o dever de reparação), e c) o objeto: a reparação que pode ser tanto pecuniária quanto não-pecuniária.<sup>191</sup>

Porém, em que pese a previsão legislativa para tanto, as discussões sobre de que se trata o dano moral coletivo, quais são seus requisitos, como efetivar sua reparação ou quais

---

<sup>189</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória...* Op. Cit., p. 137-183.

<sup>190</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *A dupla titularidade...* Op. Cit., p. 618-688.

<sup>191</sup> BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do dano moral...* Op. Cit..

são suas funções ainda dependem de consolidação e construção doutrinária e jurisprudencial, não havendo consenso.

Em 2006, a 1ª Turma do STJ, em julgamento por maioria, negou a categoria de dano moral coletivo, argumentando que o dano extrapatrimonial vincula-se necessariamente à noção de sofrimento psíquico de caráter individual, o que seria incompatível, portanto, com a noção de transindividualidade.<sup>192</sup>

Em 2009, a 1ª Turma do STJ mantinha este precedente, fundamentando que não existe “agressão moral a uma coletividade ou a um grupo de pessoas não identificadas. A ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria; de um *vultus* singular e único”.<sup>193</sup>

A 2ª Turma do STJ, entretanto, apresentou ainda em 2009 um entendimento diverso em relação à 1ª Turma, e reconheceu a configuração do dano moral coletivo, apontando a desnecessidade da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.<sup>194</sup> Ou seja, há cerca de 10 anos, a Corte superior do país, a qual trata do tema de responsabilidade civil, passou a reconhecer o dano moral coletivo como indenizável, o que demonstra como o debate jurisprudencial é recente.

Naquele caso (Recurso Especial n.º 1.057.274/RS), uma concessionária do serviço de transporte público pretendia condicionar a utilização do benefício do acesso gratuito de idosos no transporte coletivo (passe livre) ao prévio cadastramento, apesar do Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/2003) exigir expressamente apenas a apresentação de documento de identidade.<sup>195</sup>

A ação civil pública, entre outros pedidos, pleiteava a indenização do dano moral coletivo. A Ministra do STJ e relatora do caso, Eliana Calmon, reconheceu os precedentes que afastavam a possibilidade de se configurar tal dano à coletividade, porém asseverou que esta posição não poderia mais ser aceita.<sup>196</sup>

Do voto, extrai-se que: “as relações jurídicas caminham para uma massificação, e a lesão aos interesses de massa não pode ficar sem reparação, sob pena de criar-se litigiosidade

---

<sup>192</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 589.281/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 02/05/2006, DJ 01/06/2006.

<sup>193</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 971.844/RS. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03/12/2009, DJe 12/02/2010.

<sup>194</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.057.274/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01.12.2009, DJe 26.02.2010.

<sup>195</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.057.274/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010.

<sup>196</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.057.274/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010.

contida que levará ao fracasso do Direito como forma de prevenir e reparar os conflitos sociais”.<sup>197</sup>

Por conseguinte, naquele julgado, o STJ concluiu que o dano moral coletivo pode ser examinado e mensurado, e é entendido como “o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas”. Ainda fundamentou que o dano moral coletivo “é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades”.<sup>198</sup>

Observa-se que, neste julgado, apesar do reconhecimento do dano metaindividual, não há construção sobre sua concepção conectada com a dignidade humana em sua dimensão social, ou mesmo com o acometimento dos fins de determinado bem jurídico indivisível e interesse transindividual. Tratou-se ainda e apenas do prejuízo à “moral coletiva” – sem análise mais acurada sobre o que seria esta –, e o acórdão foi fundamentado em doutrinas que em sua maioria se utilizavam destes conceitos mais vagos para a concepção deste dano. De qualquer forma, o avanço jurisprudencial, ainda que tardio, merece seu reconhecimento, assim como as exposições doutrinárias do período.

Neste contexto, na forma como exposto na presente pesquisa, entende-se que há dano moral coletivo neste caso (Recurso Especial n.º 1.057.274/RS), pois o bem jurídico indivisível lesionado – a prestação de serviço público adequado – resultou em prejuízo no mundo concreto de uma coletividade determinável – os idosos – a ponto de comprometer o fim da proteção jurídica deste bem – no caso, a facilitação da locomoção destas pessoas, um elemento conexo à vida digna.

Logo, há dano moral coletivo nesta hipótese, pela violação a dignidade da pessoa humana em sua dimensão social e em razão do comprometimento do fim do respectivo bem jurídico indivisível lesionado, nos termos dos arts. 39, §1º do Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/2003) e também agora pelas previsões dos arts. 5º, IV, XI e 6º, §1º da Lei 13.460/2017.

Nesta hipótese, independentemente dos prejuízos individuais e também patrimoniais que podem estar presentes, há o preenchimento dos quatro requisitos para a configuração do dano moral coletivo: elemento material (prejuízo no mundo concreto), quantitativo (prejuízo coletivo), formal (antijuridicidade, lesão desproporcional à dignidade) e qualitativo (lesão desproporcional a bem jurídico indivisível – a prestação de serviço público adequado).

---

<sup>197</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.057.274/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010.

<sup>198</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.057.274/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010.

A partir deste julgamento, a ocorrência de dano moral coletivo tem sido reconhecida em diversas situações, mas ainda com oscilações. Em fevereiro de 2012, por exemplo, a 3ª Turma do STJ confirmou a condenação de um banco em danos morais coletivos por manter caixa de atendimento preferencial somente no segundo andar de uma agência, acessível apenas por escadaria de 23 degraus. Os Ministros consideraram desarrazoado submeter a tal desgaste quem já possui dificuldade de locomoção.<sup>199</sup>

Neste caso, a 3ª Turma salientou que “nem todo ato ilícito se revela como afronta aos valores de uma comunidade” e ressaltou que o ato antijurídico precisa ser de “razoável significância e desbordar os limites da tolerabilidade”, além de “ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, inquietude social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva” para configurar dano moral coletivo.<sup>156</sup>

Com referida fundamentação, apesar de mais uma vez ser oportuno o reconhecimento do direito à reparação, o STJ equivoca-se a atribuir o “sofrimento coletivo” e a “repercussão social” como elementos do dano moral transindividual, uma vez que, conforme já analisado, os aspectos subjetivos e emocionais não são inerentes ao dano moral, seja individual, seja coletivo. Porém, o STJ acerta ao fundamentar pela necessidade de certa gravidade, o que se relaciona em certa medida com o necessário comprometimento do fim de tutela do bem jurídico indivisível (ou seja, com o elemento material).

O fato é que, independentemente do sofrimento ou de repercussões sociais, há dano moral coletivo neste caso, pois o bem jurídico protegido indivisível lesionado (a prestação de serviço de consumo adequado) resultou em prejuízo de uma coletividade determinável a ponto de comprometer o fim de proteção jurídica deste bem (a acessibilidade, saúde e segurança destes consumidores – elementos conexos à vida digna). Logo, há dano moral coletivo, também pela presença de todos os seus requisitos, embasando-se no art. 6º, I e VI do CDC e agora também por inúmeras previsões do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015).

Enfim, há o preenchimento dos quatro requisitos para a configuração do dano moral coletivo: elemento material, quantitativo (prejuízo coletivo no mundo concreto), formal e qualitativo (lesão desproporcional a bem jurídico indivisível – a prestação de serviço de consumo adequado – conexo à dignidade).

Ainda quanto a este caso, como o banco se insurgiu contra a parcela punitiva da condenação, o STJ analisou a questão e fundamentou, baseado em precedentes, pela

---

<sup>199</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1221756/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012.

atribuição de função punitivo-preventiva, sob o fundamento de que “a indenização por dano moral tem caráter propedêutico e possui como objetivos a reparação do dano e a pedagógica punição”.<sup>156</sup>

Quanto à possibilidade de ser presumido o dano moral coletivo, ao final de 2014, a 2ª Turma do STJ assim julgou em decorrência da realização de venda casada.<sup>200</sup> E, em 2018, a 4ª Turma fundamentou que “o dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despidianda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral.”<sup>201</sup>

Da análise de todas estas decisões, percebe-se que ora o STJ não entende possível a reparação de dano moral coletivo – por associá-lo ao sofrimento psíquico, à necessidade de repercussão social e de gravidade para ser indenizável –, ora fundamenta que o dano moral coletivo é presumido, bastando a ocorrência do ilícito.

Marinoni e Arenhart também afirmam que a jurisprudência brasileira oscila, portanto, entre a inadmissibilidade dos danos morais coletivos – mesmo estes sendo figura expressa descrita na legislação nacional (art. 1º, *caput*, da LACP) ou com uma imposição de um pesado ônus da prova como condição para sua aceitação, o que termina igualmente por inviabilizar a sua reparação. Enquanto, por outro lado, há julgados que lhe impõem um papel semelhante ao dos danos punitivos estadunidenses (*punitive damages*), e assim aceitam a configuração do dano de forma presumida, não lhe exigindo qualquer demonstração.<sup>202</sup>

Referida confusão dos tribunais brasileiros entre danos morais ora como dor e sofrimento, ora como danos punitivos, presumidos e até equiparados ao ato ilícito agrava a compreensão acerca do tema e torna muito mais difícil oferecer proteção adequada aos direitos metaindividuais.<sup>203</sup>

Nesta toada, o caso anteriormente citado, de julgamento recente (2018) pelo STJ, trata-se de uma ação civil pública que pleiteia a condenação de dano moral coletivo de um grupo de telecomunicação em razão da exibição de programas que expunham diariamente

---

<sup>200</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.397.870/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2/12/2014, DJe 10/12/2014.

<sup>201</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1517973/PE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/11/2017, DJe 01/02/2018.

<sup>202</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Collective Tort Litigation...* Op. Cit., p. 42-61.

<sup>203</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem, ibidem*.

crianças e adolescentes a tratamento vexatório e constrangedor em decorrência da incerteza quanto à sua origem biológica.<sup>204</sup>

Referido julgado cita a doutrina de Felipe Teixeira Neto para fundamentar que o dano moral coletivo é presumido. Entretanto, Teixeira Neto, em verdade, dispõe em sua obra – como já analisado – que o dano moral se desvincula de sentimentos desagradáveis, mas ainda assim é configurado apenas quando houver comprometimento do fim do bem jurídico indivisível lesionado. Logo, ainda que o dano moral possa ser, em geral, presumido – dada a impossibilidade de se provar materialmente a redução da possibilidade de desenvolvimento da personalidade de uma coletividade, ou de provar a própria lesão a dignidade, por exemplo –, isso não quer dizer que o dano se equipara ao ato ilícito, ou que não é necessário um prejuízo no mundo concreto. Ou seja, em que pese a fundamentação utilizada pelo STJ, esta não é a argumentação do autor Felipe Teixeira Neto sobre o assunto.

Neste contexto, entende-se que, neste caso, o Tribunal buscou dar cores de “danos punitivos” ao dano moral coletivo com fins não de determinar a reparação, mas sim de efetivamente punir um ilícito reprovável e com repercussão social.

Ainda quanto a este caso da exibição de programas que expunham crianças a tratamento discriminatório, o STJ afirma que o dano moral coletivo está configurado não em face dos telespectadores – uma vez que não haveria necessidade de classificação indicativa, muito menos proibitiva já que se tratava de programa com conteúdo jornalístico e policial – nem em face das crianças que participaram do programa, mas por conta dos prejuízos causados a toda a sociedade em virtude da grave vulnerabilização destas crianças.

Fato é que em face *destas* crianças há dano moral, sendo evidente a lesão à dignidade, mas relacionado a direitos individuais (quicá homogêneos, pois oriundos de uma origem comum), pois o bem jurídico protegido lesionado (a integridade física, psíquica e moral das crianças que participaram do programa de televisão) é um bem individual e divisível. Logo, pode haver condenação para reparação do dano moral nesta hipótese, nos termos dos arts. 17 e 18 do ECA, mas no formato de processo bifásico – primeiro com o conhecimento do dano e a condenação genérica, depois dependente da execução individual de cada ofendido (art. 95, 103 e 104 do CDC). Não havendo execução individual em quantidade compatível com a resposta judicial que se considere adequada à extensão do prejuízo, como parece que seria o caso, poderia ser fixado valor correspondente ao dano nos termos do art. 100 do CDC, cuja quantia seria remetida a um fundo social.

---

<sup>204</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1517973/PE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/11/2017, DJe 01/02/2018.

Porém, como salientam Arenhart e Marinoni, em geral, este modelo bifásico de resolução ante a dificuldade na determinação do *quantum*, a necessidade de espera para as execuções individuais e a ineficiência do modelo de direcionar o dinheiro obtido para um fundo também tornam esta resposta inadequada.<sup>205</sup>

Poderia se fundamentar, em outra linha, que o grupo televisivo detém os registros de quais foram as crianças participantes de referidos quadros discriminatórios, e que, portanto, pode ser condenado em ação coletiva a realizar respectivos pagamentos individuais indenizatórios a todas as participantes com valores já previamente fixados em sentença e sem necessidade de liquidação. Entretanto, conforme já exposto, parte da doutrina fundamenta que condenação desta espécie sacrifica a essência do devido processo legal.<sup>206</sup>

Isso porque a causalidade específica – referente a cada criança – poderia ser considerada diversa, impossibilitando uma condenação que não fosse somente genérica (art. 95 do CDC).<sup>207</sup>

Possivelmente por estas razões (ineficiência do modelo fluído de execução em que se aguarda a execução individual para só depois se estimar um *quantum* indenizatório a ser destinado ao fundo, e, por outro lado, pela impossibilidade constitucional de condenação prévia a indenizações individuais sem liquidação em ações em que a causalidade específica é diversa para cada caso concreto), a opção de julgamento do STJ foi de fundamentar pelo dano moral “de toda a sociedade” – não em face dos telespectadores ou das crianças que participaram do programa. Ou seja, em outras palavras, a fundamentação do STJ parece ter sido por um dano moral de ordem difusa (a pessoas indeterminadas) em decorrência da exibição de um programa televisivo que resulta em “discriminação generalizada”.<sup>208</sup>

---

<sup>205</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Collective Tort Litigation... Op. Cit.*, p. 42-61.

<sup>206</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem, ibidem*.

<sup>207</sup> Marinoni e Arenhart analisam que parte da doutrina brasileira conclui que o réu do processo coletivo que é condenado a reparar os prejuízos individuais sem a respectiva liquidação e sem ter a oportunidade de discutir ou desafiar essas perdas individuais tem violado direito a uma defesa adequada e respectivo contraditório, uma vez que o réu é privado da oportunidade de contestar os pedidos individuais de indenização, já que a execução ocorreria automaticamente. Assim os processualistas indicam que é necessário dar outra interpretação a regra dos arts. 103 e 104 do CDC que é fundamentar que a sentença se limita – no processo coletivo – a tornar incontroversa a ocorrência da conduta considerada ilícita. Esta interpretação, embora tendo o mérito de dar à regra um interpretação harmoniosa com as garantias processuais fundamentais, reduz a utilidade da norma, pois a situação das vítimas permanece incerta. In: MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem, ibidem*.

<sup>208</sup> Situação semelhante em que ocorreu abuso no exercício da liberdade de expressão se deu com a TV Record e a Rede Mulher, as quais foram condenadas liminarmente a exibir, por sete dias consecutivos, um programa de resposta por discriminação às religiões afro-brasileiras em decorrência de terem exibido programas de cunho religioso em que enfocam de maneira negativa e discriminatória as religiões afro-brasileiras ou de matriz africana, o que é vedado pela Constituição, que proíbe a demonização de religiões por parte de outras. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2005-mai-14/justica\\_condena\\_tv\\_record\\_discriminacao](https://www.conjur.com.br/2005-mai-14/justica_condena_tv_record_discriminacao)>. Acesso em: 26 jun. 2018.

Isso porque referida “discriminação generalizada” resulta em uma conduta que possui um conteúdo de indignidade<sup>209</sup>, já que as crianças e os adolescentes foram tratados não como seres humanos merecedores de respeito e consideração, mas sim como objetos. Logo, referido conteúdo de indignidade – ou seja, de discriminação ilegítima em decorrência de situações específicas dos infantes – gera um prejuízo difuso, uma vez que a discriminação se propaga em decorrência da exposição televisiva para crianças e adolescentes telespectadores ou não (pessoas indetermináveis), que se encontram também em situação de incerteza quanto a sua origem biológica (problemática que envolvia o quadro televisivo).

Logo, o bem jurídico protegido indivisível lesionado (a igualdade que não permite discriminações ilegítimas) resultou em prejuízo de uma coletividade no mundo concreto (em decorrência da “discriminação generalizada” quando da veiculação midiática de crianças em situação vexatórias, sujeitando tantas outras crianças a igual tratamento). Aqui, portanto, há um bem indivisível que teve seu fim de proteção jurídica (a igualdade, o respeito e a consideração – conexos à dignidade) afetado em fim de proteção (art. 5º, caput, III e X da CF e arts. 17 e 18 do ECA).

Há o preenchimento dos quatro requisitos para a configuração do dano moral coletivo: o prejuízo experimentado no mundo concreto (elemento material) por uma coletividade indeterminável (elemento quantitativo) em razão do comprometimento do fim de tutela de um bem jurídico indivisível - a igualdade - (elemento qualitativo) pela lesão injusta a interesse difuso ou coletivo relacionado à dignidade, em razão da discriminação generalizada (elemento formal).

Ou seja, esta “discriminação generalizada” não se trata de mera soma de inúmeros direitos individuais lesionados, uma vez que a propagação desta indignidade faz com que não se possa indicar individualmente um sujeito, singularmente considerado como prejudicado. E ademais, mesmo que a lesão ocorra a apenas um sujeito, esta ofensa, ainda que possa ser reparada também na dimensão individual pura, importará, necessariamente, em ofensa a todos os demais em idêntica situação.

A condenação em reparação de dano moral coletivo nestas situações busca, portanto, cuidar deste dano presumido e propagado, mas que não se confunde com o mero ato ilícito. A procedência do pedido compensará a todos os cidadãos lesionados.

---

<sup>209</sup> Sarlet afirma que certas condutas praticadas em face dos animais e demais seres vivos, e em face dos próprios humanos possuem um conteúdo de indignidade, e por isso são vedadas. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa... Op. Cit.*, p. 38.



Entretanto, em que pesem referidos entendimentos jurisprudenciais oscilando ora pelo reconhecimento amplo, ora pela negação do dano moral coletivo, este tema enfrenta ainda mais resistência nas turmas de direito público do Superior Tribunal de Justiça (1ª e 2ª Turma); questão que será analisada mais aprofundadamente no capítulo 2 da presente pesquisa.

Por ora, feita esta análise dos fundamentos jurídicos e do posicionamento vacilante da jurisprudência, é necessário, ainda, diferenciar o dano moral coletivo de outros danos, especialmente do dano existencial e do dano social.

O dano existencial é uma espécie ou subcategoria de dano moral, mas em uma forma mais grave de comprometimento do fim específico do bem jurídico protegido a tal ponto de comprometer a existência da vítima ou suas escolhas de vida. Assim, a maior diferença entre dano existencial e dano moral está na gravidade do dano, sendo aquele uma espécie mais grave deste.

Por conseguinte, o dano existencial pode ser entendido como a lesão “ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou ordem social”, cujo efeito lesivo modifica a forma de realização, ou mesmo suprime atividades cotidianas da rotina da vítima.<sup>210</sup>

Neste contexto, uma coletividade pode ser acometida de danos existenciais, a exemplo da exigência de sobrejornada habitual e excessiva de um empregador aos seus subordinados, conforme julgado e entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.<sup>211</sup>

Além disso, pode ocorrer um dano existencial no caso de um acidente ambiental que modifique as atividades cotidianas de uma coletividade, a exemplo dos residentes do subdistrito de Bento Rodrigues, em Mariana-MS, em razão do rompimento da barragem controlada pela Samarco Mineração S.A, da qual houve o vazamento de rejeitos de mineração.

Nestas duas situações, o bem jurídico protegido lesionado (a autonomia) resultou em prejuízo de uma coletividade no mundo concreto, que se vê privada de suas escolhas de vida. Há, portanto, um bem que teve seu fim de proteção jurídica *gravemente* afetado em seu fim de proteção a ponto de comprometer o desenvolvimento das personalidades destas coletividades. Pode-se discutir, ainda nestes exemplos, se tais pretensões de reparação de dano existencial

---

<sup>210</sup> SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.44.

<sup>211</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 5006742-24.2012.4.04.7101/RS, Relatora Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida, Terceira Turma, Julgado em 30/01/2018.

são difusas, coletivas, pseudoindividuais (qualificadas como coletivas em razão de lesões multitudinárias) ou tão somente individuais homogêneas e, portanto, dependentes de liquidação.

Outra categoria que gera confusão com o dano moral coletivo é o dano social, o qual foi proposto por meio de construção doutrinária de Antonio Junqueira de Azevedo.<sup>212</sup>

Segundo esta doutrina, o dano social é aquele que atinge toda a sociedade num rebaixamento imediato do nível de vida da população, e que é causado por dolo e culpa grave. É o dano que resulta, portanto, de “qualquer ato doloso ou gravemente culposos, em que o sujeito A lesa o sujeito B, especialmente em sua vida ou integridade física e psíquica”.<sup>213</sup>

Ou seja, Azevedo afirma que o dano social pode ser decorrente de uma lesão individual (sujeito A que lesa B), mas que, dada a sua gravidade, ou ao que parece também a mera repetição da lesão (sujeito A que lesa B, C, D etc.), culmina num rebaixamento do nível de vida da população. São duas hipóteses, portanto, trazidas por Azevedo como caracterizadoras do dano social: (i) a gravidade de uma lesão individual ou (ii) a lesão multitudinária.

O jurista exemplifica o dano social como aquele que ocorre no caso da empresa aérea que sistematicamente atrasa os horários de voo. Para o autor, neste caso não bastam lides individuais que litiguem acerca do dano moral ou material, sendo necessária, assim, a reparação pelo que Azevedo denomina de dano social. Ele acrescenta que, dada sua relevância, tal dano apresenta caráter punitivo e dissuasório, e, portanto, apresenta um “*plus*” no valor indenizatório para além do limite do dano.

Esta construção doutrinária de dano social – ora pela lesão grave individual, ora pela lesão multitudinária –, assemelha-se em diversos aspectos à noção de *punitive damages* estadunidense, segundo a qual a condenação tem como fim punir um ato ilícito reprovável, e não necessariamente reparar um dano transindividual.

Tanto é assim que, para fundamentar esta função punitiva do dano social, referido autor afirma que, apesar de o art. 944 do CCB vetar o “*plus*” indenizatório com fins meramente punitivos, este “*plus*” ainda assim seria possível – como a exemplo das previsões do art. 608 do CCB atual e do art. 1235 do CCB revogado.<sup>214</sup>

---

<sup>212</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.) *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 377-384, p. 380-381.

<sup>213</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria... *Op. Cit.*, p. 380-381.

<sup>214</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Idem, ibidem*.

Em que pese este esforço doutrinário, entende-se que o “*plus*” punitivo indenizatório não pode ser embasado em referidos dispositivos. Porque um dos enunciados citados foi revogado, enquanto o outro – o art. 608 do CCB ainda vigente – trata de pena pecuniária ao aliciador, que não parece guardar relação e detém natureza jurídica completamente diversa da indenizatória na responsabilização civil.

Afirmar que o CCB traz a previsão desta pena pecuniária e entender que se podem subsumir outros fatos a este enunciado apenas por estarem sujeitos ao mesmo regime jurídico civil, mesmo que não guardem qualquer relação com o respectivo enunciado normativo, parece ser uma interpretação para além da extensiva e da possibilidade de aplicação da norma.

Contudo, como já salientado nos itens anteriores, há dispositivos no sistema jurídico brasileiro com aspectos punitivos para algumas hipóteses de responsabilização civil, especialmente a coletiva de lesões multitudinárias (art. 100 do CDC), pelo que se torna desnecessário recorrer a referidos enunciados citados.

Neste contexto, no exemplo trazido por Azevedo – o caso da empresa aérea que sistematicamente atrasa os horários de voo – é possível a interposição de uma tutela inibitória do ato ilícito, que permite, inclusive, a imposição de medidas coercitivas para que a conduta antijurídica repetitiva seja cessada. Ainda é possível a interposição de tutela coletiva reparatória pelos danos morais desta massa, a qual é qualificada como coletiva por ficção jurídica em decorrência da lesão multitudinária. Por conseguinte, entende-se que não é necessária a construção de uma nova categoria (dano social) para resolução destes problemas sociais, embora seja evidente a necessidade de aperfeiçoamento das tutelas coletivas – especialmente aquelas referentes a direitos individuais homogêneos ou pseudo-individuais em uma sociedade de massa.

Azevedo, contudo, fundamenta que esta construção é necessária, pois, para o jurista, os danos coletivos se diferenciam dos danos punitivos sociais, uma vez que seriam de ordem patrimonial. O autor exemplifica com o caso dos danos ambientais, que segundo ele seriam aferíveis (materialmente) pela biologia e ecologia – enquanto o dano social seria (tautologicamente) de ordem social, aferível pela sociologia e estatística.<sup>215</sup>

Quanto a esta afirmação, como já demonstrado nos itens anteriores, o dano transindividual não é um prejuízo que atinge tão somente o patrimônio, uma vez que há interesses coletivos protegidos constitucionalmente que promovem a dignidade, os quais, se lesionados, resultam em dano *moral* coletivo. Ademais, não se pode conceber que o dano

---

<sup>215</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Idem, ibidem*.

ambiental seja um dano meramente patrimonial, por ser possível aferir em pecúnia os custos com a reparação *in natura*.

Ou seja, entende-se que referido problema, citado por esta doutrina, é típico de uma sociedade de massas e é resolvido pelo microssistema de proteção coletiva, embora este ainda necessite de aperfeiçoamentos. Portanto, o que parece buscar referida doutrina é uma solução para os problemas da sociedade de massa, notadamente naqueles casos em que o prejuízo individual é pequeno, mas no conjunto adquire contornos de relevância – ou para os casos de lesões multitudinárias.<sup>216</sup>

Para este problema, a solução legislativa (art. 95 e 103 e 104 do CDC) de fato não tem sido satisfatória. Uma solução que respeite as garantias constitucionais é dada por Talamini, conforme salientado acima pela aplicação do art. 100 do CDC, qualificando tais danos como coletivos.

Por conseguinte, nestas situações relatadas por Azevedo – e que são típicas situações de uma sociedade de massa, em que por vezes tem-se milhares de pessoas lesionadas individualmente –, uma solução seria a condenação em reparação por dano moral coletivo independente da execução individual de cada ofendido.

Assim, no exemplo citado por Azevedo (o atraso constante de voo), pode-se fundamentar que o bem jurídico protegido lesionado (a prestação de serviço de consumo adequado) resultou em prejuízo de uma coletividade no mundo concreto. Neste sentido, portanto, é possível – em decorrência do alto número de pessoas afetadas – desde já fundamentar, por meio da ficção jurídica, que há um bem indivisível cujo fim de proteção jurídica – a integridade psíquica de centenas ou milhares de consumidores – foi afetado.

Por fim, ainda deve-se ressaltar que esta doutrina do dano social fundamenta que o valor indenizatório referente a este prejuízo – cuja construção é no sentido de não ter viés transindividual – não deve ser atribuído a fundo social, mas sim à própria vítima (individual) que for parte no processo. Porque, para Azevedo, é esta quem “trabalhou” para a aferição da verba indenizatória, e por isso o valor só deve ser remetido ao fundo se o pedido partir de órgão coletivo (associação) ou do Ministério Público.<sup>217</sup> Contudo, referida argumentação não se harmoniza com o “microssistema” de proteção coletiva, uma vez que não é crível que um sujeito individual litigue em nome de uma coletividade (por ausência de legitimação ativa e

---

<sup>216</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral... Op. Cit.*, p. 177-180.

<sup>217</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano... Op. Cit.*, p. 380-381.

representação adequada, nos termos do art. 5º da LACP<sup>218</sup>) e ainda se atribua a este a eventual verba indenizatória aferida com o processo (art. 13 da LACP e 100 do CDC).

Por outro lado, quanto à noção de dano social trazida por Azevedo de que este decorreria da gravidade de uma lesão individual e que é esta gravidade do ilícito que conduz ao rebaixamento de vida da sociedade, entende-se que efetivamente esta construção não guarda qualquer relação com o dano moral coletivo, uma vez que conforme já exposto o dano moral – seja o individual, seja o coletivo - não guarda relação com consequências emocionais dos seres humanos, muito menos com a mera repercussão social negativa de lesão que seja genuinamente individual.

Entretanto, o cabimento de reparação do dano social foi consolidado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal – CJF de 2012, cujo enunciado 456 tem a seguinte redação: “a expressão ‘dano’ no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas”. Ou seja, parece que a doutrina aceita que há uma diferença entre dano coletivo, difuso, individual, homogêneo e dano social. E vale lembrar que tais enunciados da CJF são construções doutrinárias, mas que tendem a ser acolhidos pela jurisprudência.

Para Arenhart, Ferraro, Moreira e Bagatin, também há diferença entre dano moral coletivo e dano social, sendo este causado por ilícito de tal gravidade que causa um rebaixamento de vida da sociedade. Diferentemente de Azevedo, contudo, para estes autores o dano social é um dano transindividual que pode, inclusive, ser cumulado com o dano moral coletivo. Ou seja, para estes juristas o dano social é essencialmente punitivo – decorrente da gravidade e da reprovação social.<sup>219</sup>

O STJ fundamentou também, quando do julgamento da Reclamação n.º 12062/GO, que o dano social vem sendo reconhecido pela doutrina como uma nova espécie de dano reparável, “decorrente de comportamentos socialmente reprováveis, pois diminuem o nível social de tranquilidade, tendo como fundamento legal o art. 944 do CCB”. Ainda argumenta que os danos sociais são admitidos somente em demandas coletivas e, portanto, somente os

---

<sup>218</sup> Salvo a hipótese de ação popular, em que se litiga individualmente para fins de interesses coletivos.

<sup>219</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei da Ação Civil Pública: revisitada, artigo por artigo, à luz do Novo CPC e temas atuais*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

legitimados para propositura de ações coletivas têm legitimidade para reclamar acerca de supostos danos sociais decorrentes de ato ilícito.<sup>220</sup>

Um exemplo de dano social, neste sentido, é dado por Felipe Teixeira Neto, quando da adulteração de combustíveis em que não haja qualquer ofensa à saúde ou à segurança do consumidor. Neste exemplo, embora haja uma lesão multitudinária, esta lesão não está relacionada à dignidade da pessoa humana. Ou seja, não obstante exista um dano coletivo, não se verifica o comprometimento da natureza extrapatrimonial propriamente dita do bem jurídico atingido, daí que este seria categorizado como um dano social diverso do dano moral coletivo.<sup>221</sup>

Entende-se, contudo, que o caso da adulteração de combustíveis enseja dano patrimonial qualificado como coletivo, tendo em vista as lesões multitudinárias, o que também pode ser resolvido por meio da previsão do art. 100 do CDC.<sup>222</sup>

Ou seja, apesar do exemplo dado por Azevedo – de prejuízos multitudinários conexos à dignidade – e deste entender – de que o dano social não é um dano transindividual –, a doutrina e a jurisprudência atuais têm fundamentado que o dano social é aquele dano que afeta um interesse genuinamente individual (ou interesses individuais homogêneos sem

---

<sup>220</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 12.062/GO, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 12/11/2014, DJe 20/11/2014.

<sup>221</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. Ainda sobre o conceito de dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba –SP: Editora Foco, 2018, p. 29-49.

<sup>222</sup> Em que pesem tais danos serem danos patrimoniais coletivos, referidos prejuízos estão sendo caracterizados pela jurisprudência equivocadamente como danos morais coletivos, e em outras situações estão sendo denominados como uma categoria nova de danos sociais. Vide caso julgado pelo STJ em que uma empresa que vendia sardinha em lata com peso diferente do anunciado na embalagem foi condenada por danos morais coletivos, ainda que referido caso não viole a dignidade humana, mas sim o patrimônio. Vide julgado:“(…) Na presente ação coletiva, o Ministério Público questiona a ocorrência de vício de quantidade e de informação na venda de sardinha enlatada em conserva pela recorrente. (...) 5. O interesse individual homogêneo é um direito individual que acidentalmente se torna coletivo e, pois, indisponível, quando transcender a esfera de interesses puramente particulares, envolvendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação importa à comunidade como um todo. (...) 10. O dano moral coletivo é categoria autônoma de dano que não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), mas com a violação injusta e intolerável de valores fundamentais titularizados pela coletividade (grupos, classes ou categorias de pessoas). Tem a função de: a) proporcionar uma reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade; b) sancionar o ofensor; e c) inibir condutas ofensivas a esses direitos transindividuais. 11. A grave lesão de interesses individuais homogêneos acarreta o comprometimento de bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas, razão pela qual é capaz de reclamar a compensação de danos morais coletivos. 12. Na hipótese concreta, foram indicadas vulnerações graves à moralidade pública contratual, de significância razoável que ultrapassa os limites da tolerabilidade, razão pela qual foram verificados os requisitos necessários à condenação da recorrente à compensação de danos morais coletivos. 13. A revisão do valor da compensação do dano moral coletivo deve ser restrita às hipóteses em que a expressão monetária ultrapasse os limites da razoabilidade, tendo sido fixada em montante nitidamente irrisório ou excessivo. 14. Na hipótese dos autos, o valor do dano moral coletivo, fixado em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) em razão de conduta violadora dos deveres de confiança, boa-fé e informação intrínsecos à relação consumerista, não se mostra desarrazoado, razão pela qual sua revisão esbarra no óbice da Súmula 7/STJ (...)”. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 1586515/RS, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, Terceira Turma, Julgado em 22/05/2018, DJe 29/05/2018.

conexão com a dignidade), mas que, por ser socialmente reprovável ou decorrente de um ilícito grave, será considerado como um dano reparável coletivamente. Daí que seria um dano à sociedade. Logo, nem sempre se exige a presença de um bem jurídico indivisível lesionado para sua configuração, apesar de aceitá-lo como dano coletivo, o que se assemelha à noção de *punitive damages* estadunidense, em que a condenação tem como fim punir um ilícito reprovável.

Ressalta-se, porém, que a presente pesquisa se restringe àqueles danos que lesionem interesses coletivos *lato sensu*, pseudoindividuais ou individuais homogêneos conexos com a dignidade da pessoa humana.

Assim, quanto a este dano que lesione interesses coletivos *lato sensu*, pseudoindividuais ou individuais homogêneos, seja denominado dano moral coletivo, dano extrapatrimonial transindividual ou mesmo, por equívoco, denominado de dano social ou de dano punitivo – ou qualquer outra nomenclatura à mercê da criatividade doutrinária e jurisprudencial –, entende-se que os requisitos necessários para a sua configuração são os mesmos, independentemente de sua denominação. Porque tais requisitos decorrem do mesmo microsistema jurídico coletivo, sobre o qual ainda se impõe o respeito aos ditames constitucionais (requisito material, formal, quantitativo e qualitativo).

O dano moral coletivo, portanto, é causado por (i) lesão a interesse difuso e coletivo que tenha tido o comprometimento do fim de tutela do bem jurídico indivisível atingido, e que este fim esteja relacionado à dignidade; ou (ii) por lesões multitudinárias a interesses individuais homogêneos que qualificam esta lesão como coletiva por uma ficção jurídica do art. 100 do CDC. E pela doutrina que apresenta a proposta do dano social, tem-se, então, também um dano que por ficção jurídica é considerado como metaindividual e que decorre da gravidade da lesão ainda que a interesse genuinamente individual ou a interesse coletivo sem conexão com a dignidade da pessoa humana.

## 1.2. DANO MORAL COLETIVO NOS DIFERENTES RAMOS DO DIREITO

Analisado de que se trata o dano moral coletivo no sistema jurídico brasileiro independentemente do ramo, passa-se a tratar como este se manifesta no Direito Ambiental, uma vez que referido campo foi pioneiro na abordagem da responsabilidade civil em sua dimensão social ao dispor sobre a proteção do meio ambiente (item 1.2.1), além de idêntica

análise quanto à manifestação deste dano peculiar também no Direito do Trabalho – outra área que tem tratado cada vez mais intensamente sobre este assunto (item 1.2.2).

1.2.1. Dano moral coletivo no Direito Ambiental – a lesão aos direitos de personalidade, aos valores intrínsecos e demais interesses difusos pertinentes ao direito fundamental do meio ambiente ecologicamente equilibrado

Segundo Édis Milaré, o meio ambiente compreende – num conceito jurídico em sentido estrito – o patrimônio natural, abrangendo o solo, a água, o ar atmosférico, a flora e a fauna. Em suma, a biosfera. E, em sentido amplo, vai além da ecologia tradicional e comporta o meio ambiente cultural formado pelo patrimônio artístico, histórico, turístico, paisagístico e arqueológico e o meio ambiente artificial integrado pelo espaço urbano construído, como edificações, ruas, áreas verdes e equipamentos públicos.<sup>223</sup>

Além disso, e ainda em sentido jurídico, o meio ambiente é tido pela doutrina como um bem de uso comum do povo, ou seja, de titularidade difusa, pois pertencente à coletividade<sup>224</sup> e um bem jurídico autônomo<sup>225</sup> de interesse público<sup>226</sup>. Além disso, a sua proteção é vista como um direito fundamental intergeracional – porque é um direito das presentes e futuras gerações – e intercomunitário – porque extrapola o direito nacional de cada Estado soberano.<sup>227</sup>

Pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente – LPNMA (Lei n.º 6.938 de 1981) meio ambiente é “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Na Constituição Federal, vide enunciado do art. 225, *caput*, o meio ambiente é um “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

---

<sup>223</sup> MILARE, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 99.

<sup>224</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 14ª ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 171.

<sup>225</sup> Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas fundamentam que o meio ambiente não pode ser tido só como um bem autônomo, sem qualquer finalidade para as pessoas, o que não quer dizer que o meio ambiente deva ser considerado como um bem usado para atender tão somente as vontades humanas. In: FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 54.

<sup>226</sup> Paulo de Bessa Antunes afirma que o meio ambiente é um bem jurídico autônomo, pois não se confunde com os tantos bens que o integram e não se trata de um mero somatório de flora e fauna, mas sim da integração ecológica de seus elementos. In: ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 11ª ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 248-249.

<sup>227</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental... Op. Cit.*, p. 102-103.



O meio ambiente ecologicamente equilibrado se configura, portanto, como um direito fundamental, inerente inclusive à dignidade da pessoa humana, na medida em que sua proteção não só salvaguarda a vida nas suas várias dimensões (individual, coletiva e até das futuras gerações), mas as próprias bases da vida em razão de dar suporte para a manutenção da saúde.<sup>228</sup>

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é também um direito inerente aos direitos de personalidade, uma vez que diz respeito à qualidade de vida e representa uma condição especial para um completo desenvolvimento da personalidade humana.

Para Morato Leite, é por esta razão que se justifica a fundamentação de um direito de personalidade ao meio ambiente. Pois o ser humano necessita deste para a sua própria sobrevivência e para o seu desenvolvimento, pelo que este bem jurídico é inseparável de sua personalidade. Ademais, este direito de personalidade ao meio ambiente é de dimensão difusa, embora em sua cota parte pertença singularmente ao indivíduo, mas de forma indeterminada.<sup>229</sup>

Morato Leite salienta ainda que os direitos de personalidade detêm uma cláusula aberta, pelo que os direitos citados no dispositivo constitucional acerca da personalidade são meramente exemplificativos, razão pela qual é possível considerar o direito de personalidade ao meio ambiente.<sup>230</sup>

Percebe-se, assim, que há diferentes facetas deste direito fundamental vinculadas à dignidade (v.g., vida, saúde e personalidade), dado que a lesão a tal bem que resulte em um dano ambiental poderá causar um dano moral, tanto individual quanto coletivo. Sarlet chega a afirmar, inclusive, que há uma dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana que se consolida em torno de um bem-estar ambiental e um bem-estar social, exigindo a observância de patamares mínimos de qualidade ambiental para uma vida digna.<sup>231</sup>

Entretanto, o problema inicial desta proposição de ser possível um dano moral coletivo em razão da lesão ao meio ambiente é indicar primeiramente quais lesões e impactos ambientais são considerados como danos ambientais.

---

<sup>228</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, vol. 3, n. 9, p. 5-52, jan./mar. 1998, p. 48-49.

<sup>229</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental... Op. Cit.*, p. 287 - 292.

<sup>230</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Idem, ibidem*.

<sup>231</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. *O Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 38-39.

O dano ambiental ora é concebido como uma alteração nociva ao meio ambiente, ora como uma alteração ambiental que possa prejudicar a saúde e a qualidade de vida das pessoas. Em sentido estrito, refere-se ao dano ecológico, ou seja, aquele dano que atinge os bens próprios da natureza. Em sentido amplo, o dano ambiental pode atingir outros patrimônios ambientais, como o cultural. Ademais, pelo patrimônio ambiental ser comum à coletividade, em regra o dano ambiental atinge um interesse difuso, ou seja, traz prejuízo para um número indeterminável de pessoas, inclusive para as futuras gerações.<sup>232</sup>

Neste contexto, o dano ambiental coletivo se refere à lesão ao macrobem ambiental difuso, cuja titularidade pertence à coletividade.<sup>233</sup> Ou seja, o dano ambiental coletivo, cuja vítima é difusa, refere-se à afetação aos recursos naturais que prejudique a saúde, a segurança e o bem estar da população, ou crie condições adversas às atividades sociais e econômicas, afete o equilíbrio ecossistêmico ou lance matérias em desacordo com os padrões estabelecidos.<sup>234</sup>

No entanto, o dano ambiental pode causar um dano reflexo sobre os indivíduos, atingindo a pessoa e sua personalidade singular.<sup>235</sup>

Mirra dispõe, por sua vez, sobre um dano causado “por intermédio” do meio ambiente, que para o jurista é o dano ricochete que surge como consequência da agressão ao meio. E este dano pode ser material (v.g., diminuição dos ganhos pela redução de turistas em decorrência da poluição da praia), moral (v.g., em decorrência da morte de um animal doméstico ou comprometimento de uma imagem turística pelo impacto ambiental) e corporal (v.g., doença respiratória decorrente da poluição atmosférica).<sup>236</sup>

Em outras palavras, o dano ambiental pode ser individual na medida em que atinja interesse próprio do indivíduo ao microbem ambiental, o que se relacionava inicialmente com a noção de direito de vizinhança e a questão de não se poder prejudicar o vizinho. Dentro da legislação jurídica privada, o direito de vizinhança era um dos mecanismos instituídos antes da crise ambiental, e o qual impôs observância aos limites ordinários de tolerabilidade referente à poluição sonora e de gases poluentes.<sup>237</sup>

Ou seja, construiu-se a tutela de direitos de personalidade pela via dos direitos de vizinhança elaborando-se um direito de personalidade à salubridade ambiental. Assim, até a

---

<sup>232</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental...* Op. Cit., p.103-110.

<sup>233</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Idem*, p. 162.

<sup>234</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental...* Op. Cit., p. 99- 134.

<sup>235</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental...* Op. Cit., p.103-110.

<sup>236</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública...* Op. Cit., p. 74-75.

<sup>237</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental...* Op. Cit., p. 162.

Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (LPNMA), apenas os danos referentes aos direitos de personalidade ou de vizinhança por intermédio do meio ambiente eram suscetíveis de tutela jurídica.<sup>238</sup>

Em razão da previsão do art. 14, §1º da LPNMA, foi instituída a responsabilidade objetiva para os danos ambientais ou danos ecológicos, a partir da qual estes foram considerados como uma categoria autônoma de prejuízo.<sup>239</sup>

Ademais, enquanto a responsabilidade civil tradicional trabalha com o dano já ocorrido, com nexos causal direto e com a culpa e dolo ou mesmo com o ilícito, a responsabilidade ambiental é objetiva e adapta-se, pois trata de um dano incerto e futuro (com dificuldades inclusive científicas de sua comprovação); com um reexame do nexo causal (que pode ser relativizado); com a desnecessidade de se aferir a culpa, o dolo ou ilícito; e com uma postura de responsabilização preventiva imputando sanção e prudência diante dos novos riscos, e, por outro lado, com a análise de questões como a tolerabilidade e a aceitabilidade de alguns prejuízos.<sup>240</sup>

Portanto, a questão inserida nesta responsabilidade civil ambiental bastante controvertida e singular é saber quais parâmetros devem ser considerados para se verificar a existência de significativas modificações no meio ambiente a ponto de se considerar um dano ambiental, como por exemplo um dano ecológico. Isso porque a “poluição zero”, sustentada nos ditames de “economia verde”, não existe: toda e qualquer atividade humana gera impacto no meio ambiente.<sup>241</sup>

Saber o limite desta alteração no meio para que se considere configurado o dano ambiental indenizável é bastante controverso. Isso porque a lei, ressalvados alguns poucos casos (v.g., poluição hídrica atmosférica), não apresenta parâmetros que permitam uma verificação objetiva de quais modificações ao meio ambiente são consideradas como antijurídicas.<sup>242</sup>

Ademais, ainda para os casos em que há previsão legal de parâmetros, respeitá-los não enseja a conclusão imediata de que não ocorreu dano, posto que, para a configuração deste, não é necessário que a atividade seja ilícita, ou que haja culpa ou dolo.<sup>243</sup>

---

<sup>238</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental...* Op. Cit., p. 53-99.

<sup>239</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Idem, ibidem*.

<sup>240</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Idem*, p. 99- 134; LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental...* Op. Cit., p.124-127.

<sup>241</sup> MILARE, Édís. *Direito do ambiente: ...* Op. Cit., p. 759.

<sup>242</sup> MILARE, Édís. *Idem*, p. 959.

<sup>243</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública...* Op. Cit., p. 106-110.

É o caso, por exemplo, da construção de uma usina hidrelétrica, a qual, mesmo com o devido licenciamento e o estudo de impacto ambiental – operando, portanto, uma atividade lícita –, acarretará sem sombra de dúvida um dano ambiental expressivo (ecológico, cultural e artificial), havendo controvérsia se este impacto é passível<sup>244</sup> ou não<sup>245</sup> de determinação de reparação por danos morais e materiais, individuais e coletivos.

Em que pesem tais controvérsias acerca do que configura o dano ambiental e quais são os limites de tolerância e aceitabilidade de impacto e degradação do meio ambiente, restando reconhecido o dano – o que, portanto, depende casuisticamente da análise de cada caso concreto –, poderá haver a determinação de reparação integral que compreende, além da restauração natural ou compensação ecológica ou cultural, também a reparação do dano moral e patrimonial, sejam estes individuais ou coletivos. Também poderá haver a respectiva apuração de responsabilização administrativa e criminal.<sup>246</sup>

---

<sup>244</sup> Jurisprudência com fundamentação de possibilidade de reparação do dano material ambiental em razão da construção de hidrelétrica: “DIREITO AMBIENTAL E CIVIL. DANOS MATERIAIS OCASIONADOS POR CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICA. O pescador profissional artesanal que exerça a sua atividade em rio que sofreu alteração da fauna aquática após a regular instalação de hidrelétrica (ato lícito) tem direito de ser indenizado, pela concessionária de serviço público responsável, em razão dos prejuízos materiais decorrentes da diminuição ou desaparecimento de peixes de espécies comercialmente lucrativas paralelamente ao surgimento de outros de espécies de menor valor de mercado, circunstância a impor a captura de maior volume de pescado para a manutenção de sua renda próxima à auferida antes da modificação da ictiofauna. Não há dúvida de que mesmo atos lícitos podem dar causa à obrigação de indenizar. Segundo a doutrina, “Tratando-se de um benefício à coletividade, desde que o ato administrativo lícito atende ao interesse geral, o pagamento da indenização redistribui o encargo, que, de outro modo, seria apenas suportado pelo titular do direito. [...] Não é, porém, absoluto, nem geral. A compensação é limitada ao dano especial e anormal gerado pela atividade administrativa. Generalizar a noção a todo e qualquer prejuízo, decorrente do funcionamento do serviço, seria a própria denegação da supremacia do interesse público e da destinação social da propriedade. A atividade discricionária da administração condiciona, legitimamente, o exercício de direitos individuais, podendo atingi-los em seu valor econômico, sem obrigação de indenizar”. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.371.834-PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 5/11/2015, DJe 14/12/2015. Informativo nº 0574, Período: 26 de novembro a 18 de dezembro de 2015.

<sup>245</sup> Jurisprudência com fundamentação de que inexistente responsabilidade civil para fins de reparação do dano moral ambiental em razão da construção de hidrelétrica:“(…) Consta dos autos que a autora, artesã, residente em Rondônia desde 1988, desenvolvia sua arte por meio de matéria-prima peculiar, denominada cedro-bolado, que somente era encontrada às margens do Rio Madeira, na Cachoeira do Teotônio e Santo Antônio. Em sua inicial, ela narra que a referida matéria era fornecida naturalmente no período de cheias, contudo, em razão das atividades desempenhadas pela requerida, deixou de ter acesso ao produto, o que consequentemente prejudicou suas atividades. (...) Nesse contexto, em que realizadas e suficientes as medidas mitigadoras dos efeitos da construção da barragem, não há falar em dano moral indenizável, acima de tudo por que o material utilizado pela parte autora é proveniente das margens do Rio Madeira, área de domínio público, o qual a concessionária detém autorização para utilização. Ora, não se desconhece que a Construção da Usina de Santo Antônio ocasionou o barramento dos galhos e troncos utilizados pela requerente e, assim, dificultou o acesso pela antiga cachoeira ao material utilizado. Entretanto, tal situação não tem força necessária a causar um dano moral à parte, na medida em que o material continua disponível em diversos outros pontos do rio anteriores à barragem, podendo ser enquadrada como aborrecimento, dissabor ou incômodo, justificável, inclusive, em razão do bem gerado à coletividade com a construção da usina, sendo, portanto, insuficiente para configurar dano moral indenizável”. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n.º 1.129.391 – RO, Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 11/09/2017.

<sup>246</sup> MILARE, Édís. *Direito do ambiente... Op. Cit.*, p. 734.

Neste contexto, segundo Steigleder, o dano ambiental impõe a reparação civil: (i) do dano autônomo e sinônimo de dano ecológico ou de toda lesão intolerável ao meio ambiente *lato sensu*; (ii) do dano material; (iii) do dano moral em razão dos prejuízos a direitos de personalidade, à qualidade de vida e à saúde; (iv) do dano decorrente da privação imposta pela coletividade de fruição do equilíbrio ambiental, que durante um tempo deixará de exercer funções ecossistêmicas e/ou culturais importantes (dano interino), o que pode gerar tanto um dano moral – pela redução da qualidade de vida e do desenvolvimento da personalidade neste período – quanto material – em razão da privação econômica do bem ambiental ou correspondente a perda do valor do uso, uma espécie de lucro cessante<sup>247</sup> –, e, por fim, (v) do dano ao valor intrínseco do meio ambiente.<sup>248</sup>

Ou seja, repita-se que há tanto a necessidade de reparação do dano ambiental autônomo (v.g., o prejuízo ecológico) quanto dos danos morais e materiais, que podem ser individuais e coletivos, decorrentes tanto do dano interino quanto do dano residual e permanente.

Ademais, já está consolidada na jurisprudência a possibilidade de reparação integral, ou seja, de reparação de todos os danos causados – seja o dano ambiental autônomo, sejam os danos materiais ou morais. Tanto que, na publicação *Jurisprudência em Teses*, do Superior Tribunal de Justiça, a tese n.º 1, de 2015, referente ao tema de Direito Ambiental (teses de n.º 30), dispõe que “admite-se a condenação simultânea e cumulativa das obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar na reparação integral do meio ambiente”.<sup>249</sup>

Neste sentido, a função da responsabilidade civil no Direito Ambiental é principalmente preventiva, dado que a noção de reparação não é de mera compensação mediante atribuição do equivalente em dinheiro, mas sim de necessidade de restauração do equilíbrio ambiental. Ou seja, de necessidade de reparar o dano ambiental autônomo por meio de obrigações de fazer ou não fazer que restabeleçam o equilíbrio ambiental. Somente em caso de irreversibilidade a reparação ganhará caráter de compensação, sendo a verba dirigida a fundos sociais. Esta responsabilização singular é baseada, portanto, na prevenção, pois estimula a contenção dos riscos e prejuízos, como a utilização de equipamentos que reduzam

---

<sup>247</sup> Steigleder denomina este dano de “dano social”, contudo esta nomenclatura utilizada pela jurista não se relaciona com o atual uso do termo – aquela utilizada nos termos da doutrina de Azevedo. Por conseguinte, entende-se que esta privação imposta pela coletividade trata-se, no fim, também de um dano moral ou material, o qual será coletivo acaso atinja um número determinável ou indeterminável de pessoas. In: STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental... Op. Cit.*, p. 99-156.

<sup>248</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Idem, ibidem*.

<sup>249</sup> Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

as emissões nocivas, além de ver as atividades potencialmente poluidoras com desconfiança – ao invés de serem concebidas como inevitáveis para o desenvolvimento econômico.<sup>250</sup>

Para Steigleder, porém, a reparação civil ambiental ultrapassa as funções punitiva, preventiva e compensatória, especialmente por lidar tanto com atos ilícitos como com atos lícitos, tendo, portanto, também uma função social, uma vez que o objetivo primordial desta responsabilidade é garantir a conservação e a proteção dos bens ambientais protegidos.<sup>251</sup>

Especificamente quanto à reparação do dano moral coletivo decorrente do dano ambiental – o objeto da presente pesquisa –, Morato Leite destaca que este deve ser analisado de acordo com as características próprias dos interesses difusos e coletivos.<sup>252</sup>

Por conseguinte, considerando as características próprias destes interesses, e independentemente dos prejuízos individuais e também patrimoniais que podem estar presentes, para haver dano moral coletivo decorrente de impacto ambiental é necessário que se preencham os quatro requisitos anteriormente expostos: elemento material, quantitativo (prejuízo coletivo no mundo concreto, para além da tolerabilidade e aceitabilidade do dano ambiental, portanto), formal e qualitativo (lesão desproporcional a bem jurídico indivisível – o meio ambiente – que comprometa algum fim de proteção deste bem conexo a dignidade).

Ou seja, entende-se que há dano moral coletivo decorrente de dano ambiental quando a lesão a este bem jurídico protegido indivisível (o meio ambiente) resulta em prejuízo antijurídico e desproporcional no mundo concreto de uma coletividade a ponto de comprometer o fim da proteção jurídica deste bem (no caso, por exemplo, a vida, a saúde, a qualidade de vida e o desenvolvimento da personalidade – elementos conexos à vida digna).

É por esta razão que resta configurado dano moral coletivo, por exemplo, quando do dano ambiental em decorrência de armazenamento incorreto de material poluidor que afeta a saúde de uma coletividade (REsp n.º 706.449<sup>253</sup>) e por degradação de área de preservação quando da construção irregular em razão da privação coletiva do equilíbrio ecológico e da redução da qualidade de vida (REsp n.º 1328753<sup>254</sup>).

Este dano moral ambiental é fundamentado normativamente nos arts. 5º, V e X e 225, *caput* da Constituição Federal, além do art. 6º, VI do CDC e do art. 1º da LACP, cuja análise sistemática resulta na conclusão de que o Direito protege tanto os bens materiais

---

<sup>250</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental... Op. Cit.*, p. 138-158, 162.

<sup>251</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental... Op. Cit.*, p. 157-168.

<sup>252</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental... Op. Cit.*, p. 303.

<sup>253</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 706.449/PR, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 26/05/2008, DJe 09/06/2008.

<sup>254</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1328753/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 03/02/2015.

quanto os imateriais associados ao meio ambiente, como a qualidade de vida e os direitos de personalidade.<sup>255</sup>

Steigleder, entretanto, fundamenta que, para além da visão antropocêntrica de que o dano moral coletivo é configurado em razão da lesão à pessoa humana em sua qualidade de vida, saúde e privação de fruição de um meio ambiente ecologicamente equilibrado ou mesmo de danos à personalidade, há também um dano moral coletivo à luz de uma visão biocêntrica em razão da mera lesão ao valor intrínseco do ambiente correspondente ao seu “valor de existência”, ou seja, decorrente tão somente do dano ambiental.<sup>256</sup>

Um valor de existência consiste no valor à simples conservação de um bem ecológico, independentemente de seu “consumo” ou benefício pelos humanos, assim como um valor inerente aos animais não humanos é considerado simplesmente por estes terem vida.

Ou seja, Steigleder fundamenta que o dano moral coletivo no caso de impacto ambiental também ocorre em razão do prejuízo a este valor intrínseco do ambiente, mesmo que não se tenha um comprometimento da dignidade humana. Para a jurista, este valor é atribuído no Brasil pela Política Nacional da Biodiversidade (Decreto n.º 4339 de 2002, anexo, princípio XIV<sup>257</sup>). Ela também cita como fundamento, mesmo que ausente à força jurídica, o art. 2º da Declaração Universal dos Direitos dos Animais<sup>258</sup>, proposta à UNESCO em 1978.<sup>259</sup>

Discorda-se desta proposta, entretanto, de que há configuração de dano moral coletivo sem que se considere a lesão à dignidade de uma coletividade, o que não se trata, contudo, de uma negação ao valor intrínseco do meio ambiente.

Isso porque, como salienta Morato Leite, ao se falar em dano ambiental de certa gravidade, na verdade, está a se falar de lesão à dignidade de uma coletividade, uma vez que não é possível conceber uma dissociação entre as pessoas e a natureza – “não sendo possível propor um efeito de proteção do meio ambiente natural que não considere que esta realidade é condição para uma existência digna da pessoa humana”. Ou seja, há uma clara

---

<sup>255</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental... Op. Cit.*, p. 139- 150.

<sup>256</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Idem*, p. 150- 156.

<sup>257</sup> “A Política Nacional da Biodiversidade reger-se-á pelos seguintes princípios: (...) XIV - o valor de uso da biodiversidade é determinado pelos valores culturais e inclui valor de uso direto e indireto, de opção de uso futuro e, ainda, valor intrínseco, incluindo os valores ecológico, genético, social, econômico, científico, educacional, cultural, recreativo e estético”.

<sup>258</sup> “Art. 2º 1. Todo o animal tem o direito a ser respeitado. 2. O homem, como espécie animal, não pode exterminar os outros animais ou explorá-los violando esse direito; tem o dever de pôr os seus conhecimentos ao serviço dos animais. 3. Todo o animal tem o direito à atenção, aos cuidados e à proteção do homem”.

<sup>259</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental... Op. Cit.*, p. 150- 156.

interdependência entre os valores de proteção do meio ambiente (e também da vedação da crueldade animal) e os valores democráticos da dignidade da pessoa humana.<sup>260</sup>

Para Steigleder, contudo, o dano moral coletivo resultado da lesão a este valor intrínseco foi reconhecido pela jurisprudência no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) no comumente denominado “caso da cadela Preta”, a qual foi amarrada preta à traseira de um automóvel e arrastada por diversas ruas centrais da cidade de Pelotas até morrer, desintegrando o corpo do animal, bem como os de seus fetos. O caso acarretou profunda repulsa e comoção social em âmbito local e internacional.<sup>261</sup>

O caso suscitou, além da condenação criminal, um pedido de reparação de dano moral coletivo “decorrente do abalo à harmonia das relações, em valor a ser arbitrado, de no mínimo R\$ 6.035,04, que reverterá ao canil municipal de Pelotas”, o qual foi acolhido pelo TJRS.<sup>262</sup>

O TJRS fundamentou pela configuração do dano moral coletivo, embora não por lesão ao meio ambiente – na compreensão de que animais não estariam abarcados por este<sup>263</sup> –, ou pela lesão a dezenas de pessoas que assistiram à barbárie e que prestaram respectivo testemunho, mas em razão da agressão de “conteúdo significativo” que ensejou enorme repulsa e comoção social.

Referida fundamentação – apesar de tratar da configuração do dano moral coletivo em decorrência de lesão a conteúdo significativo, ou seja, em razão da lesão ao valor intrínseco dos animais e do meio ambiente *lato sensu* –, por outro lado, insiste em tratar o dano moral como um “sentimento de despreço” que afeta negativamente a coletividade (“a repulsa

---

<sup>260</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental... Op. Cit.*, p. 340.

<sup>261</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental... Op. Cit.*, p. 150- 156.

<sup>262</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Civil n.º 70037156205, Relator Desembargador Arminio José Abreu Lima da Rosa, Vigésima Primeira Câmara Cível, julgado em 11/08/2010.

<sup>263</sup> Pela Lei de Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605 de 1998), os animais são qualificados como bens jurídicos ambientais a serem protegidos com primazia pela atuação do Ministério Público, além da previsão do art. 225, *caput*, que também traz os animais não humanos como objeto de proteção ambiental. In: HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. Animais são sujeitos de direito no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 12, p. 141-172, 2017.

Entretanto, há entendimentos, como é o caso do Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, de que compreender os animais como “bens ambientais” seria reduzir seu valor intrínseco, como se sua proteção tivesse mero fim ecológico ou preservacionista, pelo que a proteção dos animais deveria ser lida fora do contexto de proteção ao meio ambiente. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 4983, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, DJe 26/04/2017.

Porém, referido entendimento não se sustenta, na medida em que se reconhece ao meio ambiente *lato sensu* um valor intrínseco, ou seja, uma proteção que se dá não somente por fins ecológicos ou preservacionistas. Logo, compreender os animais como bens ambientais não reduz seu valor, que é inerente àqueles. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa... Op. Cit.*, p. 47-48.



social”), noção subjetiva que se busca superar no que tange à análise tanto do dano moral individual como do dano moral coletivo.<sup>264</sup>

Ocorre que, independentemente da repulsa social, entende-se que, ao se averiguar este caso de acordo com as características próprias dos interesses difusos e coletivos, seja pela visão antropocêntrica, seja pela visão biocêntrica, é possível a fundamentação pela configuração do dano moral coletivo. Ou seja, em razão de um dano a um bem indivisível e interesse cuja titularidade é difusa, comprometendo gravemente seu fim de proteção, além da lesão ao seu valor intrínseco.

Isso porque, para além dos dispositivos citados por Steigleder, a própria previsão constitucional do art. 225, §1º, VII traz inegável “elevação da proteção do meio ambiente como bem jurídico” e reconhece “valor aos animais não humanos, inclusive abrindo margem para o reconhecimento da dignidade destes seres, posição adotada pela Lei dos Crimes Ambientais”.<sup>265</sup>

Ocorre que o ordenamento jurídico garante proteção aos animais e demais bens ambientais, o que se dá em decorrência tanto do reconhecimento dos malefícios da crueldade ou perversidade<sup>266</sup> – em razão do repúdio à exploração desmedida ou aos maus tratos, e em razão da necessidade humana de preservação das espécies e do necessário equilíbrio ecológico – como em decorrência do valor intrínseco dado aos bens ambientais que merecem respeito por razões éticas e morais, independentemente de sua utilidade para as pessoas.<sup>267</sup>

Assim, seja pela matriz antropocêntrica, seja pela matriz biocêntrica, a preservação e a proteção do meio ambiente, onde estão incluídos os animais, são determinantes no ordenamento jurídico brasileiro, pelo que sua infringência, quando intolerável, atinge um bem jurídico indivisível e viola um interesse difuso.

Logo, tem-se, no caso, um bem jurídico indivisível lesionado (o animal, incluído como um bem ambiental) que resultou em prejuízo no mundo concreto de uma coletividade. Este se deu por meio da crueldade manifestada em público, e atingiu diretamente a dignidade da pessoa humana, especialmente daqueles que assistiram à barbárie – embora não só estes, já que o interesse relacionado à vedação de maus tratos é difuso. Além disso, houve clara violação ao valor intrínseco do animal.

---

<sup>264</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral... Op. Cit.*, p. 154.

<sup>265</sup> HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. Animais são sujeitos de direito... *Op. Cit.*, p. 141-172.

<sup>266</sup> HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. *Idem, ibidem*

<sup>267</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental... Op. Cit.*, p. 45-48.

Assim, mesmo que não se visualizasse repulsa social, que evidentemente também está presente, a pretensão deveria ser admitida.<sup>268</sup>

Ademais, assim como no dano ecológico há debate sobre sua configuração – em razão de não se ter objetivamente definidos os impactos que são ou não toleráveis e desproporcionais (antijurídicos), a “crueldade” também traz diversas divergências, uma vez que se trata de um termo jurídico de conceito indeterminado, que reclama o preenchimento de seu conteúdo pelo intérprete.<sup>269</sup> É o que se nota quando do julgamento do Supremo Tribunal Federal, da declaração de inconstitucionalidade da lei que regulamentava as vaquejadas no estado do Ceará (ADI nº 4983-CE<sup>270</sup>), onde se discutiu se havia ou não crueldade contra os animais nesta prática cultural – e se, havendo algum sofrimento, este era ou não tolerável.

Em referido julgado<sup>271</sup>, assim como também no caso das brigas de galo no Rio de Janeiro (ADI nº 1856-RJ<sup>272</sup>), o STF reconheceu que os maus tratos aos animais atingem a dignidade humana em sua acepção difusa e violam o valor intrínseco do meio ambiente.

Por conseguinte, o dano moral coletivo pode ser concebido em decorrência de um dano ambiental intolerável. Por exemplo, em caso de “diminuição do bem estar e da qualidade de vida da coletividade” ou de “dano ao valor de existência dos elementos naturais” com certa gravidade e intensidade.<sup>273</sup>

Ou seja, o dano moral coletivo ocorre por comprometimento do fim do bem ambiental com respectivo prejuízo à coletividade. E, mesmo que não seja um prejuízo direto referente ao equilíbrio ecológico e preservação das espécies, também haverá dano coletivo,

---

<sup>268</sup> Entende-se que não há contradição ao se reconhecer o dano moral coletivo pela morte da “cadela Preta”, e não o fazê-lo diante da morte do ator Domingos Montagner. Ocorre que, no “caso da cadela Preta”, o dano moral se dá não em razão da morte do animal em si ou apenas em razão da repulsa social, mas em razão do fato de que o meio ambiente (no qual estão incluídos os animais) é um bem difuso que foi lesionado, enquanto no outro caso, repita-se, não há bem jurídico protegido de fruição difusa que tenha sido atingido em seu fim, ainda que haja também a comoção da sociedade. Assim, a aparente contradição decorre do não reconhecimento dos animais como titulares de direito (embora, eticamente, devam-se sê-lo), e por serem estes bens cuja proteção resulta em um interesse difuso.

<sup>269</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental... Op. Cit.*, p. 47.

<sup>270</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4983, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, DJe 26/04/2017.

<sup>271</sup> O Ministro Luís Roberto Barroso fundamentou em seu voto que o valor intrínseco “está na declaração (do art. 255, §1º, VII da CF) de que o sofrimento animal importa por si só, independentemente do equilíbrio do meio ambiente, da sua função ecológica ou de sua importância para a preservação de sua espécie.” In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4983, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, DJe 26/04/2017.

<sup>272</sup> Consta do voto do Ministro Relator que “o direito à integridade do meio ambiente constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, atribuído à própria coletividade social”. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1856, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011, DJe 13/10/2011.

<sup>273</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental... Op. Cit.*, p. 265.

tanto pela lesão à dimensão ecológica da dignidade humana – de titularidade difusa – como pela lesão do valor intrínseco de tais bens. É este valor intrínseco a peculiaridade do dano moral coletivo no ramo de Direito Ambiental, já que a lesão grave a este é considerada por si só um prejuízo no mundo concreto à dignidade humana e, portanto, gerador de um dano indenizável.

Neste sentido, Sarlet fundamenta que a dignidade tratada no ordenamento jurídico, embora seja a humana, não é necessariamente superior e muito menos excludente de outras dignidades, e há de ser compreendida como um conceito inclusivo no sentido de que não se aceita privilegiar a espécie humana em relação a outras espécies.<sup>274</sup> Ou seja, há preocupações legítimas, especialmente com os animais não humanos enquanto seres autônomos, apenas por terem vida e deterem, assim, um valor.<sup>275</sup>

Entretanto, ao se reconhecer este valor intrínseco, não se está a dizer que os componentes da flora e da fauna são titulares de direito no sistema jurídico brasileiro<sup>276</sup>, uma vez que, numa compreensão sistemática da Constituição Federal, percebe-se que é garantido o uso destes em prol do desenvolvimento nacional, como no caso da previsão de fomento da produção agropecuária (art. 23, VIII) ou da necessidade de se ter um planejamento estatal da agropecuária e das atividades pesqueiras (art. 187, §1º).

Logo, no plano do Direito Constitucional brasileiro, a interpretação é a de que os animais e a flora, entre outros bens ambientais, não são titulares de direito (embora eticamente, ao menos, os animais não humanos devessem sê-lo<sup>277</sup>), mas detêm o *status* de bens jurídicos ambientais a serem protegidos, e por isso são de interesse jurídico.<sup>278</sup>

Assim, o meio ambiente deve ser protegido com vistas ao aproveitamento do ser humano, mas também com o intuito de preservar o sistema ecológico e cultural em si mesmo,

---

<sup>274</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa... Op. Cit.*, p. 47-48.

<sup>275</sup> HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. Animais são sujeitos de direito... *Op. Cit.*, p. 141-172.

<sup>276</sup> Para análise de uma posição biocêntrica ou de uma fundamentação onde os animais-não humanos são tidos como titulares de direito, consultar: RODRIGUES, Danielle Tetü. *Os animais não-humanos como sujeitos de direito sob enfoque interdisciplinar*. 2007. 119 f. Tese (Doutorado) – Programa de pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007 e SILVA, José Robson da. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Tese (Doutorado) – Programa de pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2002.

<sup>277</sup> A atribuição da titularidade como sujeito de direito aos animais não humanos, embora considere a ética e a moral, é vista como uma proposta radical pela doutrina majoritária brasileira, pois tem como objetivos, dentre outros, os seguintes: “(a) abolição do uso de animais para fins científicos; (b) abolição da pecuária; (c) abolição da caça esportiva e comercial”. A justificativa desta proposta é de que “os animais estão no mundo para viver, e não para servirem de alimento, vestuário ou experimentação.” Para esta “doutrina animalista” são inconstitucionais todas as disposições normativas contrárias ao art. 225, §1º, VII da Constituição Federal, que para estes doutrinadores é o enunciado normativo que reconhece aos animais a qualidade de sujeitos de direito não humanos. In: HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. Animais são sujeitos de direito Programa de pós-graduação em Direito, p. 141-172.

<sup>278</sup> HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. *Idem, ibidem*.

razão pela qual se trata tanto de um bem jurídico indivisível protegido como de um bem que detém um valor intrínseco.<sup>279</sup>

Por conseguinte, o dano moral coletivo causado por dano ambiental é configurado, em síntese, quando há (i) lesão a interesses coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos e individuais qualificados por ficção como coletivos) em razão do comprometimento do fim de tutela do meio ambiente atingido, sendo este fim relacionado à dignidade de uma coletividade (como à saúde, a qualidade de vida, a personalidade etc.) – o que preenche os quatro requisitos anteriormente expostos (formal, material, quantitativo e qualitativo). Também é configurado numa visão biocêntrica em razão da mera (ii) lesão ao valor intrínseco do meio ambiente, uma vez que esta lesão compromete a dignidade humana em sua dimensão difusa e ecológica.

Nesta segunda hipótese, o requisito material (o prejuízo concreto) e o requisito quantitativo (afetação de uma coletividade) são preenchidos apenas com o dano ambiental intolerável e desproporcional, presumindo-se a lesão à dimensão ecológica e difusa da dignidade da pessoa humana.

A questão, portanto, é de base ideológica, uma vez que o dano moral coletivo ambiental poderá ser fundamentado sempre em decorrência das lesões ao ser humano e que a ele são inerentes. Porém as doutrinas ambientalista e animalista preferem indicar o valor intrínseco do meio ambiente como fundamento único para fins de fortalecer os dogmas favoráveis à natureza.

Talvez devido a este valor intrínseco do meio ambiente enquanto configurador do dano moral coletivo, todavia, que este instituto seja tão mal interpretado nos demais ramos do Direito, e por vezes sua concepção não esteja sequer em harmonia com a concepção de direitos metaindividuais, ou se confunda o dano com o ato ilícito. Porém ratifica-se que, no Direito Ambiental, justifica-se não se fundamentar o dano moral coletivo pela lesão à dignidade em sua dimensão difusa, bastando a lesão ambiental grave, já que desta sempre se presumirá aquela.

Por fim, apesar deste valor inerente aos bens ambientais, entende-se que não se pode afirmar que o dano moral ambiental é um dano sempre presumido, decorrente apenas do próprio fato lesivo<sup>280</sup>, uma vez que, para que se considere o prejuízo concreto (o elemento material do dano), é necessário o comprometimento do fim de proteção deste bem, ou ao menos a violação do seu valor intrínseco. Estes efeitos é que podem ser presumíveis – desde

---

<sup>279</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental... Op. Cit.*, p. 102-103.

<sup>280</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental... Op. Cit.*, p. 303.

que o dano ambiental seja intolerável e tenha certa intensidade e gravidade. Caso contrário, está-se frente a mero ato ilícito ou frente a um prejuízo que não será indenizável.

#### 1.2.2. Dano moral coletivo no Direito do Trabalho, o assédio moral e a equivocada ampliação do conceito juscivilístico do instituto

Além da dignidade da pessoa humana já abordada, outros fundamentos e finalidades do Estado Democrático de Direito brasileiro, nos termos da Constituição Federal, são os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV). Relacionada a estes fundamentos, há previsão constitucional que atribui à ordem econômica o princípio da função social da empresa e o primado do trabalho digno (art. 170, III da CF).<sup>281</sup>

Em razão destas bases constitucionais, emerge a importância do Direito do Trabalho, pois este protege e promove a dignidade da pessoa humana em ambas as suas dimensões: individual e social. A concretização da dignidade social da pessoa humana se dá pelo Direito do Trabalho, pois diz respeito à afirmação da pessoa enquanto ser pertencente à sociedade, e impõe uma interpretação dos princípios constitucionais do trabalho de forma que prevaleçam seus valores sociais sobre seus valores econômicos.<sup>282</sup>

É também por estas previsões, conforme salienta Mauricio Godinho Delgado, que a Constituição Federal de 1988 normatiza os direitos da personalidade do trabalhador como um contraponto jurídico que atenua o poder empregatício em suas diversas dimensões: diretiva, normativa, fiscalizatória e disciplinar. Referido contraponto não inviabiliza a livre iniciativa – também fundamento constitucional –, mas a define condicionada à sua função social.<sup>283</sup>

Disso resulta que um dos efeitos conexos ao contrato de trabalho e à sua execução são as indenizações decorrentes de danos sofridos pelo empregado pertinentes a esta relação empregatícia e que ofendam este direito fundamental ao trabalho digno, o qual engloba o direito de personalidade do trabalhador. Assim, a violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, geradora de dano moral, é nitidamente passível de ocorrência também nas relações empregatícias, e deriva de abusos do poder empregatício.<sup>284</sup>

---

<sup>281</sup> DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 178.

<sup>282</sup> MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

<sup>283</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 663 – 666.

<sup>284</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho...* Op.Cit., p. 642 – 647.

Tanto é assim que o art. 223-A e o art. 223-C do Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT), incluídos pela Lei n.º 13.467/2017, dispõem sobre a possibilidade de dano moral no contrato de trabalho e apresentam rol exemplificativo dos direitos de personalidade do trabalhador: a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física.

Ademais, o direito fundamental ao trabalho digno também é vinculado aos demais direitos relacionados à dignidade, se considerarmos esta em sua dimensão de valor intrínseco<sup>285</sup>, determinando, portanto, que haja um respeito para além dos direitos de personalidade, mas também à igualdade, à integridade psicofísica; e à autonomia do trabalhador.

Logo, em razão de lesões acidentárias, é possível também que se configurem danos tanto patrimoniais como morais, pois estes violam a vida ou a integridade psicofísica do trabalhador. São os danos resultantes, por exemplo, de (i) doenças ocupacionais causadas pelo próprio ambiente laboral ou pela forma ou postura durante a prestação de serviço, e também (ii) os danos profissionais que decorrem de certo ofício profissional em específico por ser em regra impregnado de agentes agressores, além de (iii) acidentes de trabalho.<sup>286</sup>

Haverá dano moral também decorrente do contrato de trabalho quando ocorrer discriminação ilegítima, ou quando se restringir a liberdade do obreiro, como, por exemplo, por meio do trabalho escravo, porque tais ocorrências resultam em ofensas à dignidade em relação à igualdade e à autonomia.

A noção de dano moral no contrato de trabalho está vinculada, portanto, a todas estas conexões com a dignidade enquanto um valor intrínseco ou autonomia, e não se confunde ou se restringe apenas ao assédio moral, uma vez que este se trata apenas da conduta reiterada do empregador que viole a integridade psicológica do obreiro, o que se dá “por meio de atos, palavras, gestos e silêncios significativos que visem ao enfraquecimento e diminuição da autoestima da vítima”, ou ocorre por qualquer outra forma que gere “desequilíbrio emocionais graves”.<sup>287</sup>

Desta breve exposição sobre a responsabilidade civil em caso de relações trabalhistas, já é possível extrair que esta decorre tanto de condutas ilícitas cometidas pelo empregador (discriminação ilegítima, restrição de liberdade, assédio moral, etc.) como resulta

---

<sup>285</sup> A análise da dignidade enquanto valor intrínseco é feita por Luís Alberto Barroso. In: BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa... Op. Cit.*, p. 76-98.

<sup>286</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Idem, ibidem*.

<sup>287</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Idem*, p. 666 – 680.

de lesões vinculadas à mera infortunistica do trabalho (danos profissionais, acidente de trabalho, etc.).<sup>288</sup>

Ademais, o dano moral decorrente da relação de trabalho pode ser tanto individual como coletivo, a depender dos interesses em jogo. Também neste ramo do Direito, o dano moral coletivo não é um mero somatório ou uma pluralidade de danos morais individuais. Ele está relacionado com os direitos difusos e coletivos de uma comunidade de indivíduos – no caso de trabalhadores ou da própria sociedade, por lesões reiteradas a interesses individuais homogêneos que qualificam esta lesão como coletiva por uma ficção jurídica do art. 100 do CDC.<sup>289</sup>

Portanto, também aqui se faz necessário o preenchimento dos quatro requisitos para a configuração do dano moral coletivo: (a) material: lesão a interesse ou diminuição de bem no mundo concreto; (b) formal: antijuridicidade da lesão à dignidade humana; (c) quantitativo: afetação de uma coletividade; (d) qualitativo: afetação de um bem indivisível.

São exemplos de dano moral difuso, neste contexto, a discriminação e abusos tanto quando da seleção e contratação trabalhista<sup>290</sup> como da execução do contrato<sup>291</sup>, além das dispensas discriminatórias, assim como a criação de obstáculos para o exercício do direito à liberdade sindical<sup>292</sup>. Pois o bem jurídico protegido indivisível lesionado – a igualdade de tratamento e a liberdade política – resulta em prejuízo no mundo concreto de uma

---

<sup>288</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Idem*, p. 642 – 647.

<sup>289</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A natureza objetiva do dano moral coletivo no direito do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 75, n. 12, p. 1.440-1.449, dez. 2011, p. 1.442.

<sup>290</sup> Como exemplo de dano moral coletivo *lato sensu* nesta hipótese, tem-se a condenação da rede de supermercados Viscardi (Casa Viscardi S/A Comércio e Importação), do Paraná, por não ter contratado aprendizes no percentual previsto em lei, o que, nos fundamentos do Tribunal Superior do Trabalho, “afeta toda a sociedade e afronta o princípio social da empresa”. In: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n.º 844-36.2011.5.09.0018, Ministro Relator Alexandre Agra Belmonte, Terceira Turma, julgado em 14/03/2018.

<sup>291</sup> Como exemplo, tem-se o caso do HSBC (Hsbc Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo) que foi condenado a pagar indenização por danos morais coletivos, no valor de R\$ 100 mil, ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, por discriminação religiosa ocorrida dentro de uma de suas agências no município do Rio de Janeiro, o que extrapola os interesses meramente individuais ou a dignidade da trabalhadora ofendida. In: BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Ação Civil Pública n.º 0000029 08.2013.5.01.0013/RO, Desembargador Rogério Lucas Martins, Sétima Turma, Julgado em 13/12/2017.

<sup>292</sup> Nestes termos: “O financiamento do sindicato profissional com recursos provenientes do empregador (taxa negocial), conforme firmado em cláusula de convenção coletiva de trabalho, configura conduta antissindical que, ao impossibilitar a autonomia da negociação coletiva, fragiliza o sistema sindical e a relação entre empregados e empregadores, ensejando, portanto, a reparação por dano moral coletivo”. In: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo em Recurso de Revista n.º 64800-98.2008.5.15.0071, SBDI-I, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, Julgado em 12/02/2015.

coletividade indeterminável, uma vez que a consequência lesiva é disseminada e compromete o fim da proteção jurídica destes bens conexos à dignidade.<sup>293</sup>

Ademais, quando se trata de ato ilícito pelo empregador, via de regra, é difícil que se trate de caso isolado. Trata-se comumente de uma prática generalizada na empresa face à totalidade de seus obreiros. Ou seja, o comportamento lesivo ao trabalho digno atinge em geral a própria coletividade do empreendimento, restando assim um dano coletivo *stricto sensu*, ou mesmo uma massa de danos individuais homogêneos.<sup>294</sup>

Neste contexto, é importante lembrar, conforme já exposto, que a repetição ou a prática reiterada do ilícito qualifica o critério quantitativo, transformando-o por ficção jurídica em dano coletivo nos termos do art. 100 do CDC. Portanto, nestes casos de prática reiterada de ilícito que atinja toda a coletividade do empreendimento, tem-se um dano moral coletivo, pois, apesar de individualmente ocorrido a cada um dos trabalhadores identificáveis, por estarem ligados entre si e por terem o mesmo empregador, uma defesa coletiva lhes é permitida.<sup>295</sup>

Nestas hipóteses (de reiteração do ilícito) restará configurado dano moral coletivo que atinja a integridade psicofísica dos trabalhadores, por exemplo, quando da exploração do trabalho de crianças e adolescentes, da manutenção de meio ambiente de trabalho inadequado e do descumprimento de normas trabalhistas básicas de segurança e saúde, incluídas as disposições de proteção à jornada do trabalho<sup>296</sup>. Também quando incorrer em abuso de poder e assédio moral ou sexual nas relações laborais; pela submissão de trabalhadores a situações indignas, humilhantes e vexatórias; pelas revistas íntimas abusivas e por técnicas motivacionais desrespeitosas.<sup>297</sup>

Haverá dano moral coletivo em razão de lesão reiterada da dignidade referente à faceta da autonomia quando se der controle de correspondência (eletrônica ou não) no

---

<sup>293</sup> MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo e a sua reparação. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba, v. 4, n. 38, p. 11-35, mar. 2015. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/92442>>. Acesso em: 15 maio 2018.

<sup>294</sup> ZWICKER, Igor de Oliveira. O dano moral acidentalmente coletivo e a tutela coletiva de direitos individuais: rede protetiva coletiva versus “direitos individuais heterogêneos”. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 4, n. 38, p. 114-129, mar. 2015. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/92395>>. Acesso em: 15 maio 2018.

<sup>295</sup> Neste entendimento: ZWICKER, Igor de Oliveira. O dano moral acidentalmente coletivo... *Op.Cit.*; DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho...* *Op.Cit.*, p. 680-682; SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A natureza objetiva do dano moral... *Op.Cit.*, p. 1.442.

<sup>296</sup> Exemplo desta hipótese é o caso de condenação da empresa ao pagamento de indenização por dano moral coletivo em razão da irregular exigência de trabalho em feriados, sem autorização em norma coletiva, por violação ao art. 6º-A da Lei nº 10.101/2000. In: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo em Recurso de Revista nº 964-96.2013.5.04.0261, Relator Desembargador Convocado: Paulo Marcelo de Miranda Serrano, Julgado em 22/06/2016, 6ª Turma, DEJT 24/06/2016.

<sup>297</sup> MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo... *Op.Cit.*, p. 11-35.



ambiente laborativo, e também pelo controle excessivo do uso de equipamentos eletrônicos ou de informática, assim como pela fraude, simulação, coação ou dolo para burlar ou sonegar direitos trabalhistas ou obter vantagens indevidas que atinjam toda a coletividade do empreendimento.<sup>298</sup>

E a indenização que pode ser requerida também individualmente a estes títulos “não se confunde com aquela objetivada a título de dano moral coletivo, até porque não contempla os mesmos beneficiários”.<sup>299</sup>

Há doutrina que fundamenta, entretanto, que, mesmo nestes casos, o dano moral não é coletivo *stricto sensu* ou resultado de uma massa de danos individuais homogêneos coletivizados pela previsão do art. 100 do CDC, mas sim um dano difuso, pois a agressão ao direito ao trabalho digno se disseminaria, atingindo no mínimo toda a categoria profissional respectiva – se não toda a sociedade –, além de gerar indevido benefício do empregador abusivo perante a concorrência, que se vê forçada a agir da mesma forma.<sup>300</sup>

Isso porque o empregador que descumpre de forma contumaz a legislação trabalhista o faz por razões estratégicas e por julgá-las economicamente vantajosas, já que o preço jurídico da sua ilicitude corresponde apenas à aplicação de eventuais multas administrativas e ocasionais condenações individuais – o que comprometeria, portanto, o direito de personalidade de todos os trabalhadores, não só daqueles que emprega, mas de toda a sociedade.<sup>301</sup>

Para quem assim fundamenta, o resultado da ilicitude contumaz e repetitiva no contrato de trabalho é “a precarização completa das relações sociais, que se baseiam na lógica do capitalismo de produção”, o que gera dano moral de dimensão difusa.<sup>302</sup>

Assim tem sido o entendimento, especialmente quando da submissão de grupo de trabalhadores a condições degradantes, a serviço forçado, em condições análogas à de escravo ou mediante regime de servidão por dívida em que a dignidade humana é aviltada de forma tão evidente que geraria uma lesão difusa.<sup>303</sup>

---

<sup>298</sup> MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Idem, ibidem*.

<sup>299</sup> BRASIL. Tribunal Regional da 24ª Região. Processo n.º 00001593720105240021, Relator André Luís Moraes de Oliveira, Publicação em 07/02/2011.

<sup>300</sup> Neste sentido: BROECKER, Amanda Fernandes Ferreira. O instituto do dano moral coletivo e o trabalho digno. *Conteúdo Jurídico*, Brasília: 05 set. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.38819&seo=1>>. Acesso em: 30 mai.2018.

<sup>301</sup> MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo... *Op.Cit.*, p. 11-35.

<sup>302</sup> MAIOR, Jorge Luis Souto. O Dano Social e sua reparação. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 71, nº 11, p. 1317-1323, nov. 2007.

<sup>303</sup> MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. A Efetividade da Tutela Trabalhista na Repressão ao Trabalho Escravo Contemporâneo. *Revista Direitos Humanos e Democracia*. Editora Unijuí, ano 4, n. 7, jan./jun. 2016.

Estas hipóteses, como causam rebaixamento no nível de vida, são denominadas por alguns juristas de dano social – em vez de dano moral coletivo, nos termos da já explicitada proposta de Azevedo<sup>304</sup>. Entretanto, repita-se que, se o dano é considerado em razão da repetição e reincidência – e por ficção jurídica como coletivo –, não é necessária uma figura nova para explicá-lo.

De qualquer forma – entendido como difuso, coletivo ou resultado de uma massa de direitos individuais coletivizados por ficção jurídica, ou ainda denominado de coletivo ou social –, há, nestas situações de repetição do ilícito por abuso do poder empregatício, um dano moral de dimensão transindividual.

Diverso, contudo, é o entendimento que fundamenta haver dano à sociedade, e, portanto, dano moral coletivo, em razão apenas do ilícito grave, ainda que este não seja repetitivo, não haja reincidência e atinja apenas um trabalhador, sem que isso resulte em disseminação social. Aqui se trata do que a doutrina tem denominado de dano social que diverge do dano coletivo, mas que não é objeto da presente pesquisa por não ofender direitos metaindividuais. Ou seja, é aquele dano social decorrente da gravidade de uma lesão individual.

Há quem justifique tal dano equivocadamente como moral coletivo. Pela insuficiente atuação do Ministério do Trabalho na aplicação de multas pelos auditores-fiscais – o Judiciário arvorar-se-ia num papel social punitivo ao condenar o empregador abusivo a pagar indenização.<sup>305</sup> Entretanto, entende-se que a ausência de adequada punição administrativa – ou mesmo criminal – não justifica (juridicamente) a perversão do instituto de responsabilidade civil tão somente para corrigir a impunidade das outras áreas. Ou seja, se não há interesse metaindividual lesionado, não há como se fundamentar pela presença de dano moral coletivo.

Contudo, a doutrina defensora desta espécie de condenação punitiva procura afirmar que há interesse difuso lesionado mesmo quando o empregador viola as leis trabalhistas em face de apenas um trabalhador. Fundamenta-se, por exemplo, que o trabalho escravo, ainda que atinja apenas uma pessoa, agrediria interesses metaindividuais, pois não se poderia quantificar o número de pessoas que sentiria o abalo psicológico em razão da violação de

---

Programa de Pós-Graduação em Direito da Unijuí. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

<sup>304</sup> Entendendo pelo dano social: MAIOR, Jorge Luis Souto. O Dano Social.. *Op.Cit.*, p. 1317-1323.

<sup>305</sup> Neste sentido: LACERDA, André. Indenização por dano moral coletivo: revolução na justiça do trabalho. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba, v. 4, n. 38, p. 36-40, mar. 2015. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/92394>>. Acesso em: 30 maio 2018.

garantias constitucionais tão caras à dignidade da pessoa humana.<sup>306</sup> E já há entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (TST) neste sentido.<sup>307</sup>

Porém, conforme já foi salientado nos tópicos anteriores, o que caracteriza o interesse metaindividual, e, portanto, o dano moral coletivo decorrente de sua violação, é a presença de um bem indivisível (critério qualitativo), e não apenas um número indeterminável de pessoas abaladas frente à repercussão social negativa. Ou seja, a reprovação coletiva diante de uma lesão individual não é suficiente para configuração de um dano moral como coletivo justamente pela ausência deste bem indivisível ou pela ausência da lesão multitudinária. Enfim, referidos entendimentos parecem confundir a noção de interesse público em sentido amplo com a de interesse coletivo *lato sensu*.

Ademais, repita-se que, se qualquer lesão individual grave for correspondente a dano moral coletivo (ou dano social), está-se ampliando tanto o instituto que há o risco de esvaziá-lo por completo, banalizando-o.

Esclarecidas tais questões, salienta-se que, quanto à responsabilidade civil no contrato de trabalho, há ainda outra discussão: se esta responsabilização será subjetiva ou objetiva. Para Delgado e também para Dallegrave Neto, a responsabilidade do empregador será em regra subjetiva, podendo ser objetivada quando a atividade normalmente desenvolvida pelo empregador implicar, por sua natureza, risco para os trabalhadores nos termos do art. 927, parágrafo único do CCB, art. 2º da CLT e arts. 3º, I, 170 e 193 da CF.<sup>308</sup>

Ademais, no caso de danos provenientes do ambiente do trabalho, a responsabilidade será objetiva em razão da previsão do art. 225, §3º da CF, ou seja, por se relacionar a meio ambiente em sentido amplo.<sup>309</sup>

Xisto Medeiros Neto e Enoque Ribeiro dos Santos fundamentam que, quando se trata de responsabilidade por danos coletivos, esta será sempre objetiva, ou seja, independente da necessidade de se perquirir sobre a culpabilidade do empregador.<sup>310</sup>

---

<sup>306</sup> Neste sentido: BROECKER, Amanda Fernandes Ferreira. O instituto do dano moral coletivo... *Op. Cit.*

<sup>307</sup> “A Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) reconheceu a existência de dano moral coletivo causado por uma família de Salvador (BA) que explorou trabalho doméstico de uma menina por mais de dez anos, com submissão da jovem à condição análoga à de escravo. Para o relator do recurso, ministro Barros Levenhagen, o caso tem “indiscutível relevância social”, porque a prática do empregador de contratar menor para o trabalho doméstico, submetendo-a a maus tratos e sem contraprestação salarial, em regime de escravidão, se irradia por toda a categoria de trabalhadores domésticos e gera graves prejuízos à sociedade de forma generalizada”. Publicada em 28 de março de 2017 no website do TST, disponível em <[http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset\\_publisher/NGo1/content/id/24251058](http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/id/24251058)>. Acesso em 6 dez. 2018.

<sup>308</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho...* *Op. Cit.*, p. 647- 656; DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho...* *Op. Cit.*, p. 179 e 194.

<sup>309</sup> DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho...* *Op. Cit.*, p. 179 e 194.

<sup>310</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A natureza objetiva do dano moral... *Op. Cit.*, p. 1.442; MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo... *Op. Cit.*, p. 11-35; ALBUQUERQUE, Humberto Luiz Mussi de. Dano

Quanto à função desta responsabilidade, assim como nos demais ramos também há controvérsia. Delgado fundamenta que a indenização deve tanto reparar o dano como servir de advertência ao empregador.<sup>311</sup> Para Dallegrave Neto, contudo, a função da responsabilidade civil em matéria trabalhista será reparatória quando for objetiva e reparatória cumulada com a punitiva quando houver culpa empresarial.<sup>312</sup>

Medeiros Neto, por sua vez, fundamenta que, quando se trata de dano moral coletivo, a função da responsabilidade não será de mera reparação ou compensação, dada a sua singularidade, pelo que terá necessariamente uma função punitiva e pedagógica<sup>313</sup>, sendo acompanhado pelo entendimento jurisprudencial.<sup>314</sup>

Quanto ao destino da parcela de indenização pecuniária fixada a título de dano moral coletivo, há também controvérsia quando esta é fixada em uma ação trabalhista. Como já salientado, o art. 13 da LACP prevê que a verba deve ser revertida a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade.

Em geral, a verba é revertida para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Na área trabalhista, entretanto, a verba tem sido dirigida sem maiores reflexões ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) criado pela Lei n.º 7.998 de 11 de janeiro de 1990, o qual não conta com a participação do Ministério Público do Trabalho, o que, portanto, viola o art. 13 da LACP.<sup>315</sup>

Ademais, nos termos do art. 13 da LACP, a verba deve ser revertida ao fundo e ser aplicada na reconstituição dos bens lesados, quando o FAT, por expressa previsão legal, é destinado apenas ao custeio do Programa de Seguro-Desemprego, ao pagamento do abono salarial e ao financiamento de programas de educação profissional e tecnológica e de desenvolvimento econômico (art. 10º da Lei 7998/1990).<sup>316</sup>

Por esta razão, Xisto Medeiros Neto fundamenta que a verba indenizatória deve ser direcionada para outro destino que não o FDD ou o FAT, ou seja, para fins de uma reparação mais específica o que não violaria a previsão do art. 13 da LACP “por força da aplicação dos

---

moral coletivo decorrente das relações de trabalho. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba, v. 4, n. 38, p. 58-67, mar. 2015. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/92343>>. Acesso em: 30 mai.2018.

<sup>311</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho...* Op. Cit., p. 647- 656.

<sup>312</sup> DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho...* Op. Cit., p. 179 e 194.

<sup>313</sup> MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo... Op. Cit., p. 11-35.

<sup>314</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n.º 110700-17.2003.5.03.0103, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, Data de Julgamento: 10/08/2010, Data de Publicação: DEJT 19/11/2010.

<sup>315</sup> MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo... Op. Cit., p. 11-35.

<sup>316</sup> MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Idem, ibidem*.

princípios fundamentais da adequação e efetividade da tutela jurisdicional e da reparação ampla e integral dos danos individuais ou transindividuais”.<sup>317</sup>

Ou seja, como exemplo, a verba poderia ser utilizada para custeio de campanhas educativas (cartilhas, matérias publicitárias em rádio e televisão), cursos de capacitação e prestação de serviços sociais.<sup>318</sup>

Por fim, ainda é importante citar que a Lei nº 13.467/2017, que trouxe a última reforma trabalhista, incluiu e modificou inúmeros dispositivos da CLT – entre eles, a previsão do art. 223-B, que dispõe que “causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.”

É possível extrair que, do vocábulo “exclusivas” deste dispositivo, não seria mais cabível o dano moral coletivo na seara trabalhista. Em razão desta previsão e possível interpretação, magistrados, membros do Ministério Público do Trabalho, juristas e auditores-fiscais do Trabalho aprovaram os Enunciados 18 a 20 na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho – sobre dano extrapatrimonial –, fundamentando pela inconstitucionalidade da aplicação deste dispositivo em razão da dimensão coletiva da dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, ainda que se entenda que não se deve ampliar tanto o conceito de dano moral coletivo a ponto de fazê-lo incidir inclusive sobre lesões genuinamente individuais, é ultrajante a tentativa do legislador de excluir a reparação à lesão aos interesses de massa, o que pode levar “ao fracasso do Direito como forma de prevenir e reparar os conflitos sociais”.<sup>319</sup>

## **CAPÍTULO 2 - O ESTADO COMO CAUSADOR DE DANOS MORAIS COLETIVOS**

No primeiro capítulo, tratou-se da concepção do dano moral coletivo independente da natureza jurídica do interesse lesionado, e, mais especificamente, quando envolvido um interesse ambiental ou trabalhista, concluindo-se pela necessidade do preenchimento de quatro requisitos para sua configuração (requisito material, formal, quantitativo e qualitativo).

Reserva-se a este capítulo a análise deste dano peculiar quando causado pelo Estado, ou seja, quando o dano a uma coletividade é causado por ação ou omissão estatal, sobretudo

---

<sup>317</sup> MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Idem, ibidem*.

<sup>318</sup> ALBUQUERQUE, Humberto Luiz Mussi de. Dano moral coletivo... *Op. Cit.*.

<sup>319</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.057.274/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010.

nas hipóteses de inefetiva tutela administrativa dos direitos sociais quanto: (i) ao direito ao devido processo administrativo; (ii) ao direito à regulamentação de normas veiculadoras de direitos fundamentais; (iii) ao direito ao serviço público adequado e (iv) ao direito à implementação de políticas públicas.

Por meio deste exame, busca-se compreender também por que o dano moral coletivo vem sendo reconhecido tanto pela doutrina como pela jurisprudência quando se trata de casos relacionados ao Direito Ambiental, ao Direito do Consumidor e ao Direito do Trabalho, mas não quando se trata do Estado.

Ademais, considerando o cabimento da responsabilidade civil do Estado pela reparação do dano moral coletivo, objetivam-se analisar também os instrumentos processuais e materiais utilizados para fins de que esta responsabilização seja reparadora e punitiva.

## 2.1. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO MORAL COLETIVO

Para a análise da responsabilidade civil estatal por dano moral coletivo, discussões importantes devem ser precedidas, quais sejam a análise da titularidade, aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais. Isso porque a responsabilidade civil do Estado é uma das consequências jurídicas decorrentes da falha ou omissão estatal perante a tutela efetiva destes direitos fundamentais, e, acaso a titularidade destes direitos seja coletiva, tem-se um dano metaindividual. A discussão referente à aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais também é essencial para o debate acerca da responsabilidade civil, pois será cabível esta responsabilidade por falha ou omissão do Estado quando este estiver previamente vinculado a um dever de ação.

Assim, analisa-se primeiramente a titularidade individual e transindividual dos direitos fundamentais, como a questão referente à sua aplicabilidade e eficácia (item 2.1.1). Em seguida trata-se dos requisitos necessários para a responsabilidade civil do Estado (item 2.1.2) e se há harmonização destes requisitos com a concepção de danos metaindividuais para, por fim, ater-se à análise específica do dano moral coletivo causado pelo Estado quando da não tutela de direitos sociais (item 2.1.3).

### 2.1.1. A titularidade individual e transindividual dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade e eficácia

A Constituição Federal não tutela apenas direitos fundamentais individuais, mas também coletivos *lato sensu*, tanto que a denominação do seu Capítulo I do Título II é “dos direitos e deveres individuais e coletivos”.<sup>320</sup>

Comumente a comunidade jurídica entende como direitos fundamentais coletivos *lato sensu* aqueles denominados de “terceira geração”, como por exemplo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à paz e à autodeterminação dos povos, o que, entretanto trata-se de um equívoco.

A imprecisão ocorre em razão de o apego à ideia de “gerações de direitos”, em que, em síntese, são tidos como direitos de primeira geração aqueles provenientes do século XVIII referentes às liberdades individuais, cujo principal intuito era restringir a área de atuação estatal. Já os direitos de segunda geração são aqueles referentes aos direitos sociais, econômicos e culturais que surgem com a emergência do Estado Social de Direito. Por fim, citam-se os direitos de terceira geração compreendidos como direitos de titularidade transindividual.<sup>321</sup>

Nesta análise de cunho histórico, há uma velha e já superada classificação entre os direitos de liberdade como direitos que poderiam ser objeto de pretensão judicial, haja vista seu conteúdo negativo de mera determinação de abstenção estatal, enquanto os direitos sociais, por outro lado, teriam conteúdo prestacional que exigiria ações legislativas ou administrativas antes de qualquer adjudicação. Ou seja, entendia-se que apenas os primeiros seriam direitos subjetivos exigíveis pelo titular.<sup>322</sup>

Referida análise dos direitos segundo gerações tem recebido críticas, primeiro porque, ao fazer uso da palavra “geração”, passa a impressão de que ocorre uma substituição paulatina da geração anterior pela subsequente; além de retratar um panorama histórico equivocadamente, na medida em que nem todos os Estados passaram por todas estas etapas exatamente nesta ordem cronológica. Porém, o mais grave problema advindo desta concepção por gerações é o que Hachem denomina de “visão de túnel” dos direitos fundamentais, que

---

<sup>320</sup> KIM, Richard Pae. Titularidade dos direitos fundamentais difusos e coletivos. In: KIM, Richard Pae; BARROS Sérgio Resende de; KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto. (Coord.) *Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade*. São Paulo: Ed. Verbatim, 2012, p. 11-23.

<sup>321</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva... Op. Cit.*, p. 13.

<sup>322</sup> BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013, p. 107.

trata da compreensão de que apenas os direitos de liberdade invocam abstenções estatais, e só os direitos sociais demandam prestações positivas do Estado. Além da ideia equivocada de que teriam titularidade coletiva tão somente os direitos de terceira geração.<sup>323</sup>

Hachem salienta, neste sentido, que os direitos fundamentais, sejam eles considerados de primeira (direitos de liberdade), segunda (direitos econômicos, culturais ou sociais) ou terceira geração (direitos transindividuais), impõem deveres negativos aos Estados, assim como impõem obrigações de fornecer prestações fáticas e normativas – e ainda todos eles ostentam dupla titularidade (individual e transindividual).<sup>324</sup>

O direito à saúde (art. 196 a 200 da CF), por exemplo, comporta tanto pretensões referentes à abstenção estatal (v.g., a não interferência estatal nas escolhas de tratamento lícito pelo paciente) como exige do Estado prestações fáticas e normativas que visem a efetivar este direito (v.g., a prestação de serviço público hospitalar). Assim como há pretensões referentes a este direito cuja titularidade poderá ser individual (v.g., a solicitação de um medicamento constante da listagem do SUS), enquanto outras serão coletivas (v.g., a construção de um hospital).

O direito ao voto direto e secreto (art. 14 da CF), por outro lado, exige tanto a abstenção estatal contra interferência no seu exercício como prestações fáticas e normativas (v.g., organização das eleições). Assim como há pretensões referentes a este direito cuja titularidade poderá ser individual, enquanto outras serão coletivas (v.g., a pretensão de proteção normativa contra violação por parte de terceiros).

Logo, a referida contraposição entre direitos de liberdade e sociais como sendo os primeiros direitos subjetivos e os segundos não, ou mesmo o rechaço desta ideia baseado na defesa de que todos os direitos fundamentais são direitos subjetivos, também restam superadas. Isso porque não é possível afirmar que um direito fundamental em sentido amplo “é direito subjetivo”. Haverá pretensões jusfundamentais que o serão, enquanto outras não. E haverá pretensões que não poderão ser demandas individualmente porque são de titularidade coletiva.<sup>325</sup>

Porém, como esta discussão é complexa, por ora basta analisar a questão da titularidade de tais direitos. Neste contexto, é preciso pontuar que titular de direito fundamental é o sujeito de direito – que pode ser um sujeito individual ou um grupo determinado ou indeterminável. Ou seja, o titular é aquele indivíduo ou grupo que figura

---

<sup>323</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva...* Op. Cit., p. 14.

<sup>324</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *A dupla titularidade...* Op. Cit., p. 621.

<sup>325</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva...* Op. Cit., p. 16-50.



como sujeito ativo da relação jurídica. Por sua vez, o destinatário do direito é a pessoa física, jurídica ou despersonalizada sobre a qual o titular pode exigir o respeito, a proteção ou a promoção deste direito.<sup>326</sup>

Assim, o titular de um direito fundamental (seja de liberdade, social etc.) poderá ser determinada pessoa ou grupo de pessoas a depender do interesse jurídico a ser tutelado (se individual, coletivo ou difuso).

E a determinação da titularidade não pode ocorrer de modo prévio, mas reclama identificação particularizada à luz de cada norma e das circunstâncias do caso concreto.<sup>327</sup> É o que já foi tratado no primeiro capítulo, no sentido de que, para a correta identificação de um direito como individual ou coletivo, deve-se analisar a pretensão jurídica no momento da reivindicação.<sup>328</sup>

Nesta toada, para a presente pesquisa importa destacar que algumas pretensões jurídicas jusfundamentais são de titularidade transindividual em razão (i) da dupla dimensão dos direitos fundamentais (subjéctiva e objectiva), bem como (ii) de sua multifuncionalidade.<sup>329</sup>

(i) Ocorre que todos os direitos fundamentais ostentam dupla dimensão, a dimensão subjéctiva que permite ao particular exigir juridicamente ao Estado o cumprimento de suas obrigações (ou abstenções) e uma dimensão objectiva de valores que legitima a ordem jurídico-constitucional do Estado.<sup>330</sup>

Neste contexto, embora haja consenso sobre a existência desta dimensão objectiva dos direitos fundamentais, seu conteúdo e implicações jurídicas ainda são alvo de poucos estudos e muitas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.<sup>331</sup>

Comumente entende-se que a dimensão objectiva “ultrapassa o vínculo subjéctivo cidadão-Estado e faz impender sobre o Poder Público incumbências e obrigações gerais, necessárias a possibilitar o adequado e integral exercício das prestações jurídicas jusfundamentais (direitos fundamentais em sentido estrito) de todos”. Por conseguinte, esta dimensão objectiva: (i) orienta a integração das lacunas do ordenamento jurídico e vincula o legislador futuro, (ii) possibilita o Estado proteger contra o seu próprio titular, (iii) irradia-se

---

<sup>326</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 208-209.

<sup>327</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos...* *Op. Cit.*, p. 216.

<sup>328</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *A dupla titularidade...* *Op. Cit.*, p. 618-688.

<sup>329</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva...* *Op. Cit.*, p. 175.

<sup>330</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 56-58.

<sup>331</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos...* *Op. Cit.*, p. 148-161.

sobre todo o ordenamento como um valor a ser seguido e (iv) culmina em deveres autônomos de respeito, proteção e promoção de tais direitos.<sup>332</sup>

Ou seja, como dispõe José Carlos Vieira de Andrade, a dimensão objetiva são justamente esses efeitos ou consequências estranhas ao que se entende como direito subjetivo (ou posição jurídica subjetiva). É, portanto, esta “mais valia” jurídica decorrente dos direitos fundamentais.<sup>333</sup>

Neste contexto, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais (que decorre desta dimensão objetiva) condiciona a interpretação das normas tanto para o administrador como para o legislador e o Judiciário, para que sejam lidas em harmonia com os valores que dão lastro a tais direitos – em conformidade, portanto, com a dignidade da pessoa humana, a igualdade substantiva e a justiça social.<sup>334</sup> Esta dimensão objetiva dos direitos fundamentais corresponde, assim, a uma dimensão valorativa, pois o conteúdo dos direitos fundamentais é enquadrado numa ordem jurídica comunitária; é a impressão dos valores comunitários.<sup>335</sup>

Jorge Reis Novais dispõe ainda que a dimensão objetiva, além de figurar como uma orientação substancial, funciona “como a garantia de um padrão mínimo de realização, que, não sendo atingido, significará a violação de uma proibição constitucional de déficit de actuação que vincula juridicamente os poderes do Estado”.<sup>336</sup>

Logo, esta obrigação de interpretar o ordenamento jurídico à luz dos direitos fundamentais enseja não só a maximização do seu conteúdo, mas também a restrição da discricionariedade administrativa, pois esta passa a ter um norte, um valor e um padrão mínimo a ser observado e atingido. Em razão disso, o Estado é compelido a atuar preventivamente por meio de configurações normativas pelo legislador ordinário, como também secundariamente pela Administração (função de organização, procedimento e proteção).<sup>337</sup>

---

<sup>332</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade... *Op. Cit.*, p. 634.

<sup>333</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 165.

<sup>334</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 251-314.

<sup>335</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais... Op. Cit.*, p. 143-171.

<sup>336</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 76-77.

<sup>337</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade... *Op. Cit.*, p. 642-646.

Como destaca Hachem, isso implica os deveres de criar normas legais e administrativas regulamentando os critérios para o exercício dos direitos fundamentais, como providências materiais que protejam e promovam referidos bens jurídicos.<sup>338</sup>

A dimensão objetiva, portanto, vai além da irradiação de valores fundamentais, mas implica os “deveres autônomos de respeito, proteção e promoção de tais direitos”. Sarmiento trata deste desdobramento da dimensão objetiva por meio da noção de “deveres de proteção” que são oponíveis em face do Estado, o qual terá a obrigação de, por meio de providências normativas, administrativas e materiais, salvaguardar os indivíduos de danos e lesões. Como exemplo de tais deveres, tem-se, por exemplo, no caso do meio ambiente, a determinação de que o Estado proteja-o ativamente, coibindo (normativa e materialmente) condutas que sejam consideradas ambientalmente lesivas.<sup>339</sup>

Destaque-se, ainda, que estes “deveres de proteção” (ou deveres autônomos de respeito, proteção e promoção de tais direitos) constituem uma das premissas implícitas na discussão objeto da pesquisa referente à responsabilidade civil do Estado por omissão. Isso porque só será possível a responsabilidade por omissão a quem está previamente adstrito a um dever de ação.<sup>340</sup>

Por ora, contudo, basta pontuar que é a partir desta dimensão objetiva que os direitos fundamentais deixam de ser encarados somente sob o ponto de vista de sua titularidade individual, uma vez que dos efeitos jurídicos desta perspectiva – que é inerente a todos os direitos fundamentais (independentemente da “geração”) – decorre uma titularidade transindividual.<sup>341</sup>

É a comunidade que titulariza transindividualmente tais direitos à orientação e integração das lacunas, de vinculação do legislador e administrador e de irradiação dos direitos fundamentais, assim como titulariza que o Estado cumpra seus deveres autônomos.

Por outro lado, na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais – que não se confunde com a noção de direito subjetivo<sup>342</sup> –, há uma presunção em favor da perspectiva

---

<sup>338</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Idem*, p. 646.

<sup>339</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos... *Op. Cit.*, p. 251-314.

<sup>340</sup> SARMENTO, Daniel. *Idem, ibidem*.

<sup>341</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva... Op. Cit.*, p. 167.

<sup>342</sup> Daniel Hachem traz inúmeras diferenciações entre a noção de direito subjetivo construída no século XIX e os direitos fundamentais, demonstrando que os direitos fundamentais, embora possam ser subjetivados, são diversos daqueles, pois: a) o direito subjetivo, embora ostente um limite à Administração Pública, não representa um limite ao Estado-legislador, como é o caso dos direitos fundamentais que vinculam todos os poderes; b) os direitos fundamentais ostentam dimensão objetiva e uma titularidade transindividual; c) os direitos subjetivos são oponíveis apenas ao Estado, numa visão exclusivamente estatalista, enquanto os direitos fundamentais podem ser oponíveis também a outros particulares (eficácia horizontal); d) os direitos fundamentais apresentam múltiplas funções; e) os direitos subjetivos são concebidos como regras, na lógica do “tudo ou nada”, enquanto os direitos

individual e da proteção do ser humano em sua individualidade. Isso não exclui, contudo, a atribuição de direitos fundamentais de dimensão subjetiva também para certos grupos ou entes coletivos.<sup>343</sup>

(ii) Ademais, além da dupla dimensão, a transindividualidade dos direitos fundamentais é decorrente também de suas inúmeras funções. Aliás, é justamente em consequência da dupla dimensão que há esta multifuncionalidade.

Neste contexto, seguindo a fórmula de Robert Alexy, os direitos fundamentais abrangem um complexo de posições jurídicas que assumem tanto uma condição negativa ou defensiva como uma condição positiva ou prestacional.<sup>344</sup> Esta noção reforça a ideia de que seja um direito de liberdade, seja um direito social, ambos implicarão pretensões negativas e prestações em face do Estado.

Destas diversas posições jurídicas decorrem as diversas funções encontradas nos direitos fundamentais. São elas: (a) função de defesa contra interferências estatais e que impõem uma conduta omissiva e de abstenção do Estado, de (b) prestações materiais e fáticas a serem fornecidas no mundo dos fatos, e também de (c) prestações normativas conectadas tanto com a proteção deste direito fundamental contra ações de particulares como também com as (d) funções de organização, procedimento e proteção consistentes na criação de órgãos, instituições e procedimentos que viabilizem as demais funções.<sup>345</sup> Por conseguinte, são várias as pretensões jurídicas que decorrem de um direito fundamental (o direito fundamental em sentido amplo) e, caso se considere apenas uma delas, tem-se um direito fundamental em sentido estrito (a pretensão jusfundamental).<sup>346</sup>

---

fundamentais possuem natureza principiológica, e, portanto, estão sujeitos a ponderação. In: HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva...* Op. Cit., p. 22-30.

<sup>343</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos...* Op. Cit., p. 148-161.

<sup>344</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos...* Op. Cit., p. 193-217.

<sup>345</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *A dupla titularidade...* Op. Cit., p. 628-629.

<sup>346</sup> Daniel Hachem traz como exemplo o direito à saúde, sendo que, para o jurista, há um direito fundamental em sentido amplo que, se visto como um todo, congrega diversas pretensões jurídicas jusfundamentais com diferentes funções: “(i) a liberdade de escolher as práticas diagnósticas, os métodos terapêuticos e os medicamentos que o titular do direito irá utilizar, restando vedada qualquer imposição estatal nesse sentido (função de defesa); (ii) o fornecimento de serviços médicos ambulatoriais ao cidadão (função de prestação fática); (iii) a criação de órgãos e pessoas jurídicas, como postos de saúde e hospitais públicos, bem estruturados para o atendimento da população em geral (função de organização); (iv) a elaboração de normas administrativas que regulamentem os requisitos para a distribuição gratuita de medicamentos pelo Estado, inclusive com a confecção das listas de medicamentos que integram o componente básico da Assistência Farmacêutica (função de procedimento); (v) a definição de uma política de vigilância sanitária, que fixe normas proibitivas à comercialização de produtos e insumos que possam causar risco à saúde, fiscalizando a sua regular observância pelos particulares (função de proteção)”. In: HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva...* Op. Cit., p. 33.

Assim, mesmo direitos que aparentemente exigem apenas a abstenção estatal – como o direito de greve de servidores públicos (art. 37, VII da CF<sup>347</sup>) – impõem uma conduta positiva do Estado como a concretização legislativa (um dever de legislar, a função prestacional normativa). Alguns enunciados normativos, inclusive, detêm este cunho impositivo com ordem específica e expressa de legislar. Ou seja, nestes casos, o constituinte transferiu expressamente ao legislador a competência concretizadora do direito fundamental.<sup>348</sup>

E algumas dessas funções que dispõem acerca de deveres estatais são de titularidade transindividual e, se tais deveres forem descumpridos em um grau desarrazoado, resta possibilitada a adjudicação pela via processual coletiva. Outras vezes, contudo, estas funções não serão prontamente exigíveis, pois se sujeitam à reserva do politicamente oportuno, especialmente quando há incontáveis opções de momentos e de meios para a adequada realização deste dever.<sup>349</sup>

Ademais, e ainda tratando da titularidade dos direitos fundamentais, mas especificamente quanto aos direitos sociais, pode-se dizer que a questão é complexa e envolve a intricada temática acerca da “judicialização das políticas públicas”<sup>350</sup>, uma vez que estas muitas vezes são responsáveis pela realização e instrumentalização daqueles direitos. Há forte divergência doutrinária sobre a possibilidade de essa titularidade ser sempre simultânea (individual e transindividual), ou, em algumas situações – a depender da respectiva pretensão jusfundamental do caso concreto –, de ser apenas individual ou apenas coletiva.

Os direitos sociais são aqueles “direitos a prestações do Estado, na consecução da justiça social, mediante a compensação de desigualdades fáticas e garantia do acesso a

---

<sup>347</sup> Constituição Federal de 1988: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

<sup>348</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos...* Op. Cit., p. 320-326.

<sup>349</sup> Daniel Hachem traz como exemplos de pretensões sujeitas à reserva do politicamente oportuno: “a função de prestação normativa, ligada: (i) à criação de organizações e procedimentos necessários para a fruição de direitos fundamentais; bem como (ii) à instituição de mecanismos de proteção dos bens jurídicos jusfundamentais contra violações oriundas dos próprios particulares. E também da função de prestação fática, notadamente quando esta impuser à Administração Pública o dever de prestar serviços de natureza *uti universi*”. In: HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva...* Op. Cit., p. 177.

<sup>350</sup> A judicialização é em apertada síntese o fenômeno ou a tendência em que questões de larga repercussão política ou social são decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, quais sejam o Congresso Nacional e o Poder Executivo. Por vezes referem-se a políticas públicas, outras apesar da discussão ser denominada como judicialização de “políticas públicas” tratam em verdade de serviços públicos e demais instrumentos de efetivação dos direitos sociais. In: BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

determinados bens e serviços por parte de parcela da população socialmente vulneráveis”<sup>351</sup> e compreendem, portanto, entre outros, o direito à educação, à saúde e ao trabalho.<sup>352</sup>

Quanto à titularidade de tais direitos, a doutrina se divide, em síntese, em três posicionamentos: (i) aqueles que fundamentam que os direitos sociais são direitos que se restringem à titularidade coletiva; (ii) a doutrina acompanhada de jurisprudência majoritária, que argumenta haver uma simultaneidade na titularidade individual e coletiva para fins de reivindicação, controle e responsabilidade acerca destes direitos e, por fim, (iii) aqueles que entendem que há pretensões jusfundamentais que serão individuais e outras que serão coletivas, sendo que algumas destas pretensões terão respectiva simultaneidade, a depender do caso concreto.

Para os primeiros, ou seja, aqueles que restringem os direitos sociais à titularidade coletiva e não permitem, portanto, uma subjetivação individual, o fazem, entre outras objeções, por conta da (i) natureza jurídica destes direitos fundamentais (como sociais e, portanto, pertencentes à sociedade); (ii) da instabilidade e insegurança jurídicas decorrentes da adjudicação individualizada que termina por interferir no planejamento estatal que deve ser efetivado visando à comunidade; e ainda (iii) em consequência da violação ao princípio da isonomia, uma vez que a possibilidade de adjudicação individual privilegia parcela da população que dispõe de informação e de recursos suficientes para buscar o acesso ao sistema judiciário.<sup>353</sup>

Sarlet, integrante da corrente doutrinária majoritária que compreende a pretensão jusfundamental (que seja justiciável) como de titularidade simultaneamente individual e transindividual, refuta tais argumentos. Para o jurista, a afirmação de que os direitos sociais seriam apenas de titularidade coletiva é mera estratégia para impedir a assim chamada “judicialização das políticas públicas”, sendo um argumento que confunde a titularidade em si de um direito com eventual restrição do acesso a alguma prestação por conta de uma condição econômica privilegiada. Ademais, o jurista argumenta que não se pode, em prol da igualdade

---

<sup>351</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos...* Op. Cit., p. 221-226.

<sup>352</sup> Constituição Federal de 1988: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

<sup>353</sup> Estas fundamentações são sintetizadas e refutadas por Ingo Sarlet in SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 15, nº 1240, 12 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/305-artigos-mai-2015/7129-a-titularidade-simultaneamente-individual-e-transindividual-dos-direitos-sociais-analisada-a-luz-do-exemplo-do-direito-a-protecao-e-promocao-da-saude-1>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

(ou de uma via processual coletiva mais adequada), violar a dignidade individual em concreto.<sup>354</sup>

Para os que seguem este segundo posicionamento, portanto, a titularidade individual dos direitos sociais coexiste em regra com a titularidade coletiva. Nesta noção – que não é adotada na presente pesquisa – uma pretensão jusfundamental que se possa obter pela via jurisdicional referente a direito social pode ser considerada como um direito subjetivo individual.

Sarlet fundamenta que a forte conexão dos direitos fundamentais com a dignidade da pessoa humana faz com que tais direitos, em primeira linha, sejam titularizados individualmente. Mesmo a liberdade de associação ou o direito de greve são tidos pelo jurista como direitos individuais de expressão coletiva, e, por esta razão, a titularidade individual não pode ser afastada por ser dissolvida numa dimensão coletiva. Para o autor, a função de tais direitos é assegurar, a cada pessoa individualmente considerada, o seu desenvolvimento e existência concreta mediante a integração social.<sup>355</sup>

Assim, o jurista assevera que os direitos sociais não são sociais pois não são titularizados apenas pela sociedade, e não são direitos exclusivamente coletivos. Enfim, são direitos que ostentam simultaneamente uma titularidade individual e transindividual.<sup>356</sup> Bitencourt, de forma similar, argumenta que “um direito é social não porque é garantido à sociedade, mas porque possui como marca distintiva a preocupação com aspectos necessários a uma vida digna numa perspectiva para além da individual”.<sup>357</sup>

Neste sentido, a discussão jurisprudencial acerca da “judicialização das políticas públicas” que visem a satisfazer ou instrumentalizar os direitos fundamentais sociais, especialmente na área do direito da saúde e educação, abriu caminho para a reflexão sobre esta dupla e simultânea titularidade. E, em regra, a jurisprudência adotou este segundo posicionamento.<sup>358</sup>

A dimensão individual do direito à saúde, por exemplo, foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, relator do AgR-RE nº 271.286-8/RS julgado em 12/09/2000, ao reconhecer o

---

<sup>354</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual... *Op. Cit.*

<sup>355</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos...* *Op. Cit.*, p. 221-226.

<sup>356</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem, ibidem.*

<sup>357</sup> BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle jurisdicional...* *Op. Cit.*, p. 342.

<sup>358</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 126-127.

direito à saúde como um direito subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o sujeito e o Estado a uma relação jurídica obrigacional.<sup>359</sup>

O processo de Suspensão de Liminar – SL n° 228, também em trâmite no STF, trouxe entendimento similar quanto à respectiva dupla titularidade do direito à saúde. O processo tinha como objeto de discussão a determinação à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Sobral de transferir todos os pacientes necessitados de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs) para hospitais públicos ou particulares que dispusessem de tais unidades, assim como iniciar ações tendentes à instalação e ao funcionamento de 10 leitos de UTIs adultas, 10 leitos de UTIs neonatais e 10 leitos de UTIs pediátricas, no prazo máximo de 90 dias.

Neste caso (SL n° 228) quando da decisão em 2008, o Ministro Gilmar Mendes, à época Presidente do STF, fundamentou, entre outras questões, que “é possível identificar na redação do artigo constitucional (art. 196) tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde”.<sup>360</sup> E referido entendimento foi ratificado por acórdão proferido quando do julgamento de outro processo, o STA n.º 175 em 2010.<sup>361</sup>

No STJ também já é quase pacificado o exercício da tutela individual de um direito coletivo, sendo que os maiores exemplos estão na tutela ao direito à saúde e no sistema educacional brasileiro.<sup>362</sup>

E mesmo quando se trata de uma pretensão jusfundamental para a qual não há correspondente política pública (v.g., a prestação gratuita de algum medicamento que não consta na listagem do SUS para fins de combater certa enfermidade), o entendimento majoritário da doutrina ainda assim tem seguido a linha de que o indivíduo é titular deste “direito social” e pode interpor ação judicial individual contra o Estado. Isso se dá sob o fundamento de que o Estado presta saúde e educação individualmente, sendo, portanto cada pessoa beneficiária de uma prestação estatal, mesmo que esta prestação tenha de ser pensada em termos coletivos.<sup>363</sup>

---

<sup>359</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 271286 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, acórdão eletrônico DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409.

<sup>360</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar n.º 228, Relator(a): Min. Presidente Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/10/2008, publicado em DJe-199 Divulg 20/10/2008 Public 21/10/2008.

<sup>361</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175, AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 Divulg 29-04-2010 Public 30-04-2010 Ement Vol-02399-01 Pp-00070.

<sup>362</sup> BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle jurisdicional... Op. Cit.*, p. 61.

<sup>363</sup> BITENCOURT, Caroline Müller. *Idem*, p. 342.



Também se afirma que, ainda que não se possa atribuir a um indivíduo o direito de reivindicar a criação de uma política pública, não se poderia negar o acesso a determinado direito fundamental social.<sup>364</sup>

Contudo, este entendimento pela dupla titularidade dos direitos sociais não pode ser reduzido à querela de que toda e qualquer pretensão jusfundamental justiciável poderá ser requerida individualmente – ainda que este seja o entendimento majoritário da doutrina e o entendimento praticamente pacificado da jurisprudência dos Tribunais superiores.

Isso porque, como salienta Hachem, “algumas pretensões jurídicas jusfundamentais, associadas à dimensão subjetiva do direito, podem ser postuladas individualmente. Outras, ligadas à sua perspectiva objetiva, só poderão ser reivindicadas por meio dos instrumentos de tutela coletiva”. E algumas pretensões sequer são prontamente exigíveis ou estão sujeitas à reserva do politicamente oportuno.<sup>365</sup>

Não se trata, contudo, de conceber os direitos sociais como sempre adjudicáveis individualmente ou apenas por vias coletivas. Algumas pretensões serão individuais – outras, que envolvam bens jurídicos indivisíveis, serão metaindividuais (difusas ou coletivas). E determinadas pretensões poderão ostentar simultaneamente esta dupla titularidade.

É o caso da construção de um hospital (art. 196 e ss. da CF) ou de uma escola (art. 205 e ss. da CF) que já estejam regulamentados por atos legislativos e administrativos, cuja pretensão é de natureza exclusivamente coletiva. Idem quanto à pretensão referente à implementação de programa de transporte coletivo para estudantes (art. 208, VII da CF). Observa-se que o bem jurídico envolvido nestas pretensões é indivisível ou referente a um bem de prestação universalizada, ou se refere à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e, portanto, de titularidade coletiva.

Por outro lado, diante de instalação e funcionamento de leitos de UTIs, a justiciabilidade poderá ser tanto individual (já que se tem um bem divisível) como pela via de ações coletivas com objetivo de efetivar este direito à saúde a toda a comunidade. Idem quanto ao acesso (vagas) à educação infantil em creches.

Ou seja, continua sendo imprescindível, mesmo quando se trata de um direito social em que seja feita uma análise da pretensão jusfundamental específica e do caso concreto para se afirmar se sua titularidade será individual e/ou coletiva. E com isso não se está a argumentar que os direitos sociais não possuem eficácia ou que possuem mero conteúdo programático, muito menos se busca enfraquecer a sua proteção jurídica. Pelo contrário, tentar

---

<sup>364</sup> BITENCOURT, Caroline Müller. *Idem*, p. 126.

<sup>365</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade... *Op. Cit.*, p. 629.

argumentar que os direitos fundamentais são sempre direitos subjetivos individuais é reduzi-los – e não elevá-los, como possa parecer –, pois um direito fundamental será sempre mais do que um mero direito subjetivo.<sup>366</sup>

Identificar a norma fundamental como atributiva sempre de um direito subjetivo judicialmente reivindicável individualmente se mostra, bem na verdade, uma leitura liberal ou individualista dos direitos fundamentais – leitura está que é prejudicial à própria compreensão contemporânea acerca dos direitos fundamentais de complexa estrutura como bidimensionais e multifuncionais e com regime jurídico próprio.<sup>367</sup>

Fato é que, com a passagem da sociedade liberal para a sociedade solidária, concebe-se que o ideal libertário só pode ser realisticamente almejado sob uma perspectiva coletivista, sem exacerbação do culto ao individualismo. Ou seja, não se pode confundir a noção do ser humano como verdadeiro sujeito de direito com a extensão da proteção estatal ao indivíduo em toda e qualquer pretensão jusfundamental, especialmente quando se está a tratar de bem jurídico de natureza indivisível.<sup>368</sup> Ademais, se o mais indicado é a satisfação coletiva que resolva, a uma só vez, as carências de múltiplos titulares de direitos fundamentais sociais que se encontram em idêntica situação, assim deve ser considerado.<sup>369</sup>

E se os direitos sociais são voltados justamente à diminuição das desigualdades sociais e à justiça social, por vezes o ideal será que sejam postulados em ações coletivas para que a concretização destes direitos atinja o maior número de beneficiados, especialmente quando a sua realização depender de políticas públicas inexistentes.<sup>370</sup>

E a técnica processual trata exatamente destas questões quando prevê a possibilidade da legitimação a determinados entes e pessoas para que possam representar os interesses coletivos, sendo que é a qualidade das pretensões jusfundamentais o que impõe a necessidade da criação destes instrumentos processuais.<sup>371</sup>

Ou seja, em se tratando, portanto, de políticas públicas inexistentes que busquem instrumentalizar um direito social (v.g., a inclusão de um remédio na listagem do SUS com respectivo oferecimento da medicação para fins de efetivar o direito à saúde), o ideal é que se traduzam em obrigações de fazer exigidas em sede de ação civil pública, ou mesmo ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), em que o objeto da medida será justamente

---

<sup>366</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Idem, ibidem*.

<sup>367</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Idem*, p. 22-30.

<sup>368</sup> VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo... Op. Cit.*, p. 29-31.

<sup>369</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *A dupla titularidade... Op. Cit.*, p. 629.

<sup>370</sup> BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle jurisdicional... Op. Cit.*, p. 126.

<sup>371</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 640-642.

a obrigação de formular uma política pública satisfativa deste direito social – em vez de se discutir tão somente o produto desta, individualmente considerado.<sup>372</sup>

Tampouco este raciocínio trata de negativa de acesso ao Judiciário à pessoa individualmente considerada, uma vez que referida garantia (do acesso à justiça) deve ser lida sob sua perspectiva da função social, considerando justamente que, quando se trata de uma pretensão jusfundamental metaindividual, seus titulares – por motivos diversos de ordem histórica, cultural, econômica, política e técnica – não têm canais de acesso nem são incentivados a eles. Dessa forma, sua representação coletivizada na via judicial é ainda mais imprescindível.<sup>373</sup>

Ademais, quando se afirma que algumas pretensões são metaindividuais, não se trata de apenas negar as tutelas individuais e violar a dignidade em concreto, mas de encontrar instrumentos processuais que coletivizem o litígio.<sup>374</sup>

Portanto, a questão acerca da titularidade dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais, é complexa e envolve a intricada temática acerca da judicialização das políticas públicas, uma vez que estas muitas vezes são responsáveis pela realização e instrumentalização daqueles direitos. Em que pese a relevância desta discussão, por ora importa consignar que (i) os direitos fundamentais apresentam dupla titularidade, individual e/ou coletiva, a depender da pretensão jusfundamental do caso concreto, e que (ii) há forte divergência doutrinária sobre a possibilidade de essa titularidade ser sempre simultânea ou, em algumas situações, a depender da respectiva pretensão jusfundamental do caso concreto, de ser apenas individual ou apenas coletiva. Ratifica-se que se adota o entendimento de que nem sempre esta titularidade poderá ser considerada como individual.

Quando da análise da responsabilidade civil do Estado, referida discussão sobre a titularidade da pretensão será relevante, uma vez que, se a pretensão jusfundamental envolvida na discussão é meramente individual e não coletiva, não se cogita dano moral coletivo.

Antes de discutir a responsabilidade civil do Estado, porém, outra questão que precede o tema e com ele guarda relação se refere à aplicabilidade imediata dos direitos

---

<sup>372</sup> VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Políticas públicas...* Op. Cit., p. 168.

<sup>373</sup> VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo...* Op. Cit., p. 106.

<sup>374</sup> Pela complexidade da questão, tais instrumentos processuais não são objeto do presente estudo, mas, apenas a título de exemplo, cita-se a possibilidade de conversão das tutelas individuais em coletivas nestas hipóteses de discussão metaindividuais – quando cabível este procedimento, nos termos do art. 139, IX e X do CPC e com análises dialógicas e decisões instrumentais que respeitem a separação de poderes.

fundamentais e à sua eficácia ou efetividade<sup>375</sup>. Isso porque, conforme já exposto, só será possível imputar responsabilidade por omissão do Estado quando este estiver previamente adstrito a um dever de ação. Resta, então, a questão: quais pretensões jusfundamentais o Estado está obrigado a cumprir espontaneamente?

O art. 5º, §1º da CF prevê que os direitos fundamentais detêm aplicabilidade imediata, ou seja, que o Estado está obrigado a realizar os direitos fundamentais de forma espontânea. Entretanto, a doutrina diverge acerca (i) do alcance desta norma para todos os direitos fundamentais, se apenas para os direitos de liberdade, ou se também deveriam ser espontaneamente realizados os direitos sociais; além (ii) do conteúdo de referida aplicabilidade imediata, ou seja, acerca de sua eficácia.

(i) Quanto ao alcance do art. 5º, §1º da CF, há farta divergência doutrinária sobre o tema, especialmente se referido dispositivo alcança ou não os direitos sociais. Sérgio Fernando Moro, por exemplo, fundamenta que respectiva norma trata apenas dos direitos previstos no próprio artigo 5º em razão de sua localização topográfica, pelo que não teriam exigibilidade imediata em face do Estado, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais.<sup>376</sup> José Carlos Vieira de Andrade, por sua vez – ainda que trate da Constituição Portuguesa de 1976, mas cuja doutrina encontra eco no Brasil –, afirma que a aplicabilidade dos direitos de liberdade é diversa dos direitos sociais, pois estes, em razão da função prestacional, são vagos e dependentes de atuação legislativa, pelo que não seriam também imediatamente exigíveis.<sup>377</sup>

Sarlet<sup>378</sup> e Hachem<sup>379</sup> apresentam argumentos contrários a estes posicionamentos, pois é inconcebível a alegação de que o art. 5º, §1º da CF estaria apenas se referindo aos direitos expostos no referido dispositivo, e não nos demais (como os direitos sociais referidos no art. 6º), uma vez que referido enunciado traz a locução “direitos e garantias fundamentais”, que é coincidente com o Título II da Constituição Federal, o qual abrange também o Capítulo II que consagra os direitos sociais.

Ademais, é necessária uma efetiva unicidade de tratamento jurídico neste tema quanto aos direitos de liberdade e aos direitos sociais, uma vez que ambos são multifuncionais

---

<sup>375</sup> Não se adentra nas divergências de definições sobre os termos “aplicabilidade”, “eficácia” e “efetividade” de direitos. Estas questões podem ser consultadas em: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais... Op. Cit.*, p. 228-243; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional... Op. Cit.*, p. 168.

<sup>376</sup> MORO, Sérgio Fernando. Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 42-48.

<sup>377</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais... Op. Cit.*, p. 256-300.

<sup>378</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos... Op. Cit.*, p. 270.

<sup>379</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa efetiva... Op. Cit.*, p. 147-148.

e podem apresentar os mesmos feixes de funções de defesa e prestação. Por tal razão, é errôneo negar apenas aos direitos sociais a aplicabilidade imediata como se apenas estes tivessem alguma necessidade de prestação positiva pelo Estado ou apenas estes fossem vagos e dependentes de atuação legislativa.<sup>380</sup>

Neste contexto, é importante salientar que não se nega que a função mais problemática para exigibilidade imediata é obviamente a função prestacional, pois é a que mais exige utilização de recursos. Mas esta função deriva de todo e qualquer direito fundamental – seja ele um direito de liberdade, seja um direito social. Logo, os custos da função prestacional não são um problema exclusivo dos direitos sociais e geram as mesmas perplexidades ainda nos direitos de liberdade, como, por exemplo, se houvesse uma discussão judicial acerca da construção de uma delegacia e contratação de policiais por alguns fazendeiros que estivessem incomodados com ocupações de movimentos de trabalhadores rurais.<sup>381</sup>

Se os direitos sociais geram mais discussões que os direitos de liberdade acerca de sua aplicabilidade, isso decorre muito mais de opções político-ideológicas do que da leitura do texto constitucional. Ora, a criação de condições para a produção de efeitos das liberdades públicas (a criação e manutenção de organizações e procedimentos) equivalentes, por exemplo, no direito à educação, à construção de escolas e à contratação de professores, tem como diferença não o regime jurídico constitucional entre estes direitos – que é o mesmo –, mas sim o fato de que as estruturas que concretizam os direitos de liberdade em geral já existem, enquanto as estruturas fáticas referentes aos direitos sociais ainda não.<sup>382</sup>

Enfim, todos os direitos fundamentais, sejam eles de liberdade ou sociais, reclamam alguma prestação fática e normativa. E os direitos sociais, por sua vez, já possuem tanto um conteúdo mínimo no enunciado constitucional como já estão em sua maioria regulamentados infraconstitucionalmente.<sup>383</sup>

Também é incabível alegar que os direitos de liberdade seriam – segundo classificação de José Afonso da Silva – normas de eficácia plena; enquanto os direitos sociais seriam de eficácia contida (ou contível) ou limitada; uma vez que todos os direitos fundamentais, sejam de liberdade, sejam sociais, reclamam alguma prestação normativa e são passíveis de restrição e regulamentação.<sup>384</sup>

---

<sup>380</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Idem*, p. 129-133.

<sup>381</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais... Op. Cit.*, p. 243-244.

<sup>382</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Idem*, p. 237-238.

<sup>383</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa efetiva... Op. Cit.*, p. 139-143.

<sup>384</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais... Op. Cit.*, p. 208-256.

(ii) Por conseguinte, a partir da conclusão de aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, o segundo questionamento que se faz é como e em que medida estes são imediatamente aplicáveis. Ou seja, qual conteúdo é imediatamente aplicável e o que se pode exigir do Estado pela via judicial? Enfim, qual é a eficácia destes direitos?

A controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca deste tema é ainda mais ampla do que na questão sobre quais direitos fundamentais estão contemplados pela previsão do art. 5, §1º da CF.

Sarlet fundamenta que o art. 5, §1º da CF impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais. Ou seja, trata-se de norma de cunho principiológico, um mandado de otimização (ou maximização), estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecer a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. Em outras palavras, entende o jurista que a eficácia dos direitos fundamentais deve ser definida em cada caso concreto em sua máxima medida possível.<sup>385</sup>

Hachem, por sua vez, classifica a eficácia dos direitos fundamentais de acordo com a função da respectiva pretensão jusfundamental, propondo as seguintes regras para tal questão: (i) independentemente da ausência de regulamentação infraconstitucional, e por menor que seja a especificação constitucional do seu conteúdo, a função de defesa dos direitos fundamentais é imediatamente aplicável no grau máximo; (ii) as prestações positivas referentes ao mínimo existencial<sup>386</sup>, dada a sua vinculação com a dignidade humana, serão sempre exigíveis perante o Poder Judiciário, independentemente de regulamentação legislativa, previsão orçamentária ou disponibilidade financeira; (iii) as prestações positivas que estejam especificadas no enunciado constitucional, mesmo que estejam além do mínimo existencial, podem ser exigidas, sendo desnecessário o mandado de injunção, assim como (iv) as prestações positivas que estejam especificadas em legislação ordinária podem ser exigidas.<sup>387</sup>

Por fim, ainda quanto à função prestacional fática – se depender de conteúdo legislativo –, o Poder Judiciário não poderá tomar decisões políticas, pois sua definição é prioritariamente do Legislativo, necessitando, portanto do mandado de injunção. Ou seja, (v)

---

<sup>385</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos...* Op. Cit., p. 276-279.

<sup>386</sup> Conforme já salientado tratam acerca dos delineamentos do mínimo existencial: HACHEM, Daniel Wunder. *Mínimo existencial...* Op. Cit., p. 205-240; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios...* Op. Cit..

<sup>387</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa efetiva...* Op. Cit., p. 151-156.

nas hipóteses em que não há conteúdo constitucional mínimo, nem regulamentação infraconstitucional, é necessário o mandado de injunção.<sup>388</sup>

Por conseguinte, se uma pretensão jusfundamental tiver aplicabilidade e eficácia imediata, trata-se de um dever por parte do Poder Público, que, caso não prestado espontaneamente e caso resulte em prejuízo, ensejará respectiva obrigação de defesa ou de prestação fática ou normativa, além na obrigação de reparação do dano.

Ou seja, especificamente quanto aos direitos sociais, as prestações explicitadas no texto constitucional, em legislação infraconstitucional ou referentes ao mínimo existencial (ainda que sem regulamentação), são prontamente exigíveis. Neste contexto, destaca-se que a saúde está regulamentada nos arts. 195 e 196 da CF, enquanto a educação nos arts. 205 a 214, a previdência social nos arts. 201 e 202 e a assistência social nos arts. 203 e 204.

Portanto, ainda especificamente quanto aos direitos sociais, a Constituição Federal endereça tanto ao legislador quanto à Administração inúmeros tipos de deveres, tendo em vista a dupla dimensão e a multifuncionalidade destes direitos, sendo que, se houver omissão estatal, esta será inconstitucional e passível de reparação. Tais deveres do Estado culminam no direito à tutela administrativa efetiva dos cidadãos, a qual, segundo Hachem, desdobra-se em quatro elementos principais: (i) o direito ao devido processo administrativo; (ii) o direito à regulamentação de normas veiculadoras de direitos fundamentais; (iii) o direito ao serviço público adequado e (iv) o direito à implementação de políticas públicas.<sup>389</sup>

Para a presente pesquisa, importa mais o direito ao serviço público adequado<sup>390</sup> e o direito à implementação de políticas públicas<sup>391</sup>, pois são estes mais discutidos judicialmente quando se trata de dano moral coletivo, embora os demais também possam culminar neste

---

<sup>388</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Idem, ibidem*.

<sup>389</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Idem, ibidem*.

<sup>390</sup> Não há conceito normativo acerca do serviço público, mas para fins do presente trabalho pode-se compreendê-lo em síntese como mecanismo de concretização efetiva dos direitos sociais e, por conseguinte, da dignidade da pessoa humana. Ou seja, como um instrumento que busca efetivar universalmente e com igualdade, por exemplo, a saúde e educação. In: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço Público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016, p. 36-180.

<sup>391</sup> O conceito de políticas públicas é amplo, multidisciplinar e com vasta divergência. Para fins da presente pesquisa entende-se que as políticas públicas são instrumentos de ação do Estado que pressupõe uma participação popular com fins de concretizar direitos sociais. As políticas públicas orientam o presente rumo a um futuro desejado pela sociedade, tendo, assim uma projeção no tempo. São, portanto, instrumentos dinâmicos de um planejamento ou de programas de ações que buscam maximizar a tutela dos direitos sociais e que serão executadas pelo Poder Público. Diferem-se dos serviços públicos, como, por exemplo, no caso do direito social à educação, uma vez que enquanto os serviços educacionais prestados pelas Universidades públicas são serviços públicos, o Programa Universidade para todos - PROUNI (dinâmico e temporal) trata-se de uma política pública. In: VALLE, Vanice Regina Lirio. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 33-67.

dano em particular. Referidas questões serão aprofundadas nos itens seguintes sob a perspectiva da responsabilidade civil.

Por conseguinte, da análise da titularidade, da aplicabilidade imediata e da eficácia dos direitos fundamentais resulta a conclusão de que o Estado tem deveres autônomos de defesa, proteção e promoção de direitos, cuja titularidade é individual e/ou coletiva, como por exemplo as exigências necessárias à tutela administrativa espontânea e efetiva dos direitos sociais, sendo que, em caso de falha ou omissão desta tutela, está implicada a responsabilidade civil do Estado, tema que se passa a analisar.

#### 2.1.2. A responsabilidade civil do Estado: requisitos para configuração da responsabilização pelo dano moral

A partir da conclusão de que o Estado tem a obrigação espontânea ora de abstenção, ora de prestação fática ou normativa para a efetivação dos direitos fundamentais, e que há pretensões jusfundamentais que apresentam titularidade coletiva e que estão vinculadas à dignidade da pessoa humana, resta clara a possibilidade de o próprio Estado causar um dano moral coletivo em caso de tais obrigações não serem devidamente cumpridas e gerarem um prejuízo concreto.

A questão feita agora, entretanto, é se há possibilidade jurídica de responsabilização civil do Estado em razão deste dano moral coletivo por violação à respectiva dimensão coletiva dos direitos fundamentais.

Se o dano moral coletivo vem sendo reconhecido tanto pela doutrina como pela jurisprudência, quando se trata de casos relacionados ao Direito Ambiental, ao Direito do Consumidor e ao Direito do Trabalho, há algo no ordenamento jurídico que justifique o Estado ter tratamento diferenciado em face do particular? E se há responsabilidade estatal, quais são os requisitos desta em razão deste dano em particular? É possível a indenização por dano moral difuso pelo Estado resultado de uma atividade lícita? E por dano moral coletivo resultante de lesões multitudinárias, nos termos do art. 95 ou 100 do CDC?

Urge, então, verificar a partir destes questionamentos as peculiaridades e os requisitos para a configuração da responsabilidade civil estatal (item 2.1.2), para posteriormente verificar se há compatibilidade do regime jurídico desta responsabilidade com a reparação ou compensação do dano moral coletivo (item 2.1.3).



Pois bem. O regime jurídico administrativo concede privilégios e prerrogativas à Administração Pública com fito de possibilitar a atuação desta em prol do bem comum e do interesse público. O mesmo regime também traz inúmeras sujeições à Administração que limitam a sua atuação e que determinam atendimento a inúmeros princípios, como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e proporcionalidade, entre outros.<sup>392</sup>

Referidas prerrogativas e sujeições, se não utilizadas no exato limite, implicam desvio de poder, nulidade dos atos administrativos, mas também responsabilidade. Ademais, mesmo na sua atuação escorreita com fins de atender os objetivos previstos na Constituição, o Estado pode causar dano a algum particular, e deverá, portanto, com base nos mesmos princípios que norteiam a sua atuação, ressarcir o lesado. Ou seja, a responsabilidade extracontratual estatal decorre do próprio regime jurídico administrativo.<sup>393</sup>

Esta responsabilidade é, portanto, a obrigação que incumbe ao Estado em decorrência dos prejuízos que causa quando de sua atividade, e regula-se por princípios próprios de sua posição jurídica.<sup>394</sup>

Fala-se em responsabilidade do Estado porque esta pode ser imputada tanto nos danos causados por atos administrativos quanto nos danos por atos jurisdicionais e legislativos.

Neste contexto, um dos pilares jurídicos deste instituto é o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais e da solidariedade de todos – em outras palavras, o princípio distributivo. É com base no princípio da igualdade que se busca a divisão dos riscos e danos em razão da atividade estatal, que é benéfica a todos.<sup>395</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta que o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais se dá em razão de “assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos”.<sup>396</sup>

Assim, se alguém for prejudicado pela atividade pública (ou pela sua falta ou deficiência), é justo que toda a sociedade arque com tal prejuízo, já que os benefícios da atuação estatal seriam de todos. Isso considerando que é a sociedade quem sustenta, por meio

---

<sup>392</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. *A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, Juruá, ano 2, n. 9, p. 13-59, 2002.

<sup>393</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil... *Op. Cit.*

<sup>394</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33ª. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 1019-1022; p. 1029-1034.

<sup>395</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo... Op. Cit.*, p. 1019-1022; p. 1029-1034.

<sup>396</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª Edição. São Paulo: Atlas, 2010, p. 646.

do pagamento de tributos, as contas das quais sairão os valores destinados ao pagamento de indenizações ou dos custos para fins de uma reparação específica.

Outro fundamento jurídico da responsabilidade civil do Estado é o princípio republicano e democrático, além da própria lógica inerente ao Estado de Direito, uma vez que se exige que o Estado responda pelos seus atos e omissões, pois não é dado ao Poder Público lesionar direitos alheios.<sup>397</sup> Neste contexto, no Estado de Direito, a responsabilidade estatal sequer precisaria de norma positivada para ser admitida, uma vez que decorre da própria submissão do Estado ao ordenamento jurídico.<sup>398</sup>

A Constituição Federal tem previsão expressa acerca desta responsabilidade direta do Estado no art. 37, §6º<sup>399</sup>, estendendo-a também às pessoas jurídicas de direito privado que sejam concessionárias de serviço público, sem afastar nesta hipótese, contudo, a responsabilidade estatal. Ou seja, a responsabilidade prevista neste dispositivo vai além das entidades federativas (União, Estados e Municípios) e das autarquias, alcançando as empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações, concessionárias, permissionárias e autorizadas; afastadas tão somente as pessoas jurídicas que não exerçam exclusivamente serviço público como os conselhos profissionais.<sup>400</sup> O critério do dispositivo para fixação de responsabilidade é, portanto, funcional e não orgânico.

Porém, referido dispositivo é objeto de discussão tormentosa na doutrina, com muitas divergências acerca de sua aplicação. Quanto à jurisprudência, há ainda mais variações, sendo comum encontrar todas as interpretações constitucionais possíveis, além de mistura de teorias, quando não a alegação de uma e a aplicação de outra.<sup>401</sup>

Neste contexto, há a doutrina administrativa clássica, que flexibiliza a previsão constitucional para fundamentar que a responsabilidade em caso de omissão é subjetiva e nos demais casos objetiva. A responsabilidade subjetiva “é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito” seja por culpa, seja por dolo e está calcada, portanto, na teoria da culpa, na qual apenas a partir do preenchimento dos requisitos de dano, nexo e culpa ou dolo é que surge o dever de reparação. Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a responsabilidade na omissão do Estado é subjetiva, e emba

---

<sup>397</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil... *Op. Cit.*, p. 18-21.

<sup>398</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo...* *Op. Cit.*, p. 1019-1022; p. 1029-1034.

<sup>399</sup> Constituição Federal de 1988: “Art. 37. § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

<sup>400</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil... *Op. Cit.*, p. 51-53.

<sup>401</sup> GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: Luciano Ferraz; Fabrício Motta (Orgs.). *Direito Público Moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 259-298, p. 260.

seu posicionamento na teoria francesa conhecida como *faute du service*, a qual, segundo sua leitura, fundamenta o dever de reparar se um serviço estatal funciona mal, não funciona ou funciona atrasado.<sup>402</sup>

Assim, a responsabilidade estatal por omissão advém para parte da doutrina brasileira de uma obrigação legal de “impedir” o dano, pelo que seria sempre responsabilidade por ilícito. Pois se não houver obrigação legal de impedir o dano, não haveria como imputar este ao Estado. Para Bandeira de Mello, que assim fundamenta, não há conduta ilícita do Estado que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa). Por conseguinte, o jurista afirma que na omissão ilícita estatal há presunção de culpa, pois esta omissão já configura uma não observância aos deveres de cuidado. Assim, a vítima do dano fica desobrigada de comprová-la, mas Bandeira de Mello conclui que tal presunção da culpa não elide o caráter subjetivo desta responsabilidade.<sup>403</sup>

Ademais, o jurista enfatiza que não é todo “mau funcionamento” que gera a responsabilidade civil estatal, e que se deve considerar o que razoavelmente pode-se exigir do Estado. Ou seja, é considerada omissão estatal reparável apenas quando o Estado não agiu, mas tinha o dever legal de “evitar” o evento lesivo, e se havia possibilidade fática de fazê-lo. Isso porque o Estado não pode ser um “segurador universal”. Igualmente, é a posição de Di Pietro.<sup>404</sup>

Afora a omissão, nos demais casos, segundo a doutrina clássica, a responsabilidade estatal é objetiva e embasada em regra na teoria do risco administrativo, necessitando, portanto, apenas dos requisitos de dano e nexo causal, independentemente de ilicitude e culpa ou dolo. Ou seja, basta a presença do dano e a da participação do agente, de modo que haja nexo de causalidade entre eles para surgir a obrigação de reparar.<sup>405</sup>

Ainda é importante destacar, neste tema, que há diferença entre a responsabilidade extracontratual e o sacrifício de direito subjetivo, como com a desapropriação. Há casos, inclusive, em que a própria lei já traz a previsão de ressarcimento na condição de sacrifício, como é a hipótese do art. 43 da Lei Municipal de Curitiba n.º 9.800/2000.<sup>406</sup> E além da responsabilização por omissão e comissão, da distinção entre estas e o sacrifício de direito, há

---

<sup>402</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo... Op. Cit.*, p. 1019-1022; p. 1029-1034.

<sup>403</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem, ibidem*.

<sup>404</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Omissões na Atividade Regulatória do Estado e Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras. In: FREITAS, Juarez (Org.) *Responsabilidade Civil do Estado*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 249-267, p. 262.

<sup>405</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo... Op. Cit.*, p. 1019-1022; p. 1029-1034.

<sup>406</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de planejamento urbanístico. *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, v. 2, n.7, p. 19-32, 2002, p. 26.

ainda a possibilidade de reparação em decorrência de atividade de risco, à luz da aplicação da teoria do risco integral. É o caso, por exemplo, das atividades nucleares, ou quando o Estado é responsável pela guarda de pessoas e objetos perigosos, como um depósito de munição, um aluno em escola pública ou um preso.<sup>407</sup>

Assim, parte da doutrina administrativista afirma que a responsabilização extracontratual do Estado advém do dano gerado via de regra em decorrência de: a) culpa nas execuções das atividades estatais (teoria da culpa); b) atividade lícita, que, apesar de não arriscada (ou com risco padrão para qualquer atividade estatal), enseja inconvenientes e prejuízos (teoria do risco administrativo); ou c) atividade exercida com grau de risco evidente (teoria do risco integral).<sup>408</sup> O fundamento jurídico no primeiro caso advém da culpa e do princípio da legalidade; no segundo, da igualdade de encargos que devem ser suportados pela sociedade; e no terceiro, do risco criado pela atividade estatal – embora se possa dizer que há embasamento na justiça distributiva em todas estas teorias acerca da responsabilidade estatal.

Gabardo, contudo, critica esta doutrina clássica fundamentando que a responsabilidade por omissão ou comissão decorre diretamente do regime jurídico administrativo, no entendimento de que “quem assume prerrogativas especiais, deve igualmente suportar sujeições especiais”. Ademais, embora o art. 37, §6º disponha sobre responsabilização em razão de serviço público, na verdade está a tratar de qualquer atividade tipicamente pública. E, para o jurista, a responsabilidade é em todos os casos eminentemente objetiva, isto é, independente de culpa (ou de inobservância ao dever de cuidado) em decorrência do dever de eficiência, o qual veio a constar expressamente na Constituição por meio da Emenda n.º 19/1998 (artigo 37, *caput*, CF), e também do princípio da boa-fé.<sup>409</sup>

Esse raciocínio, aliado à teoria dos direitos fundamentais, indica que o Estado se responsabiliza objetivamente quando se omite ou falha no atendimento de seus deveres fundamentais, independentemente de ter criado ou não a situação da qual decorre o dano. Ou seja, ao Estado não cabe tão somente evitar um dano que ele não criou, mas sim cumprir suas obrigações constitucionais de maneira espontânea. Neste sentido, a omissão estatal pode ser suficiente para causar o dano. Daí que uma omissão ou ação antijurídica do Estado, ainda que não seja culpável, resultará em responsabilização.

Neste contexto, por exemplo, quanto à omissão do Estado em fiscalizar e tomar as medidas necessárias inerentes ao poder de polícia referente ao meio ambiente, a

---

<sup>407</sup> GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado... *Op. Cit.*, p. 267-270.

<sup>408</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.º 63, p. 28-36, jul./set. 1982, p. 32.

<sup>409</sup> GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva... *Op. Cit.*, p. 261-268.

responsabilidade decorre de uma omissão antijurídica que concretamente resulta em dano ambiental, mas que não precisa necessariamente ser uma omissão culposa.<sup>410</sup>

Ou seja, “não é a mera hipótese normativa em abstrato que impõe a responsabilização, mas a conduta omissiva em concreto”<sup>411</sup>. Aqui mais uma vez se reforça a ideia de que, para que exista dano e, portanto, dever de reparação, é necessário, para além do requisito formal (a antijuridicidade), o preenchimento do requisito material – ou seja, o prejuízo em concreto. Caso contrário, trata-se apenas de uma omissão antijurídica que não impõe reparação de dano, embora deva impor uma obrigação de fazer para o Estado com fins de remoção do “ilícito”.

Enfim, como dispõe Juarez Freitas, em entendimento similar ao de Emerson Gabardo, não há nada no sistema jurídico brasileiro que justifique um tratamento radicalmente distinto entre ações e omissões para fins de responsabilização civil.<sup>412</sup>

Daniel Wunder Hachem, por sua vez, salienta que a responsabilidade estatal extracontratual é sempre objetiva pelo fato de que a teoria francesa *faute du service*, que normalmente é apontada como fundamento nos casos em que o serviço não funcionou, funcionou mal ou funcionou atrasado, na verdade teria outro significado em sua origem.<sup>413</sup>

O autor salienta que a construção jurisprudencial da teoria *faute du service* na França decorre inicialmente de decisão proferida no Tribunal de Conflitos Francês em 1873, no caso *arrêt Blanco*, em que se fundamentou que a responsabilidade estatal deveria ter regras próprias. A teoria, então, despontou incidente em duas hipóteses: quando é possível identificar o agente público e quando não o é. Na hipótese de ser possível a identificação do agente público, a teoria francesa, em sua origem, aponta que é necessário verificar se a falta decorre do serviço (daí *faute du service*) ou se, pelo contrário, não decorre deste exercício da função pública (*faute personnelle*). No primeiro caso, a responsabilidade é do Estado. No segundo, apenas do agente.<sup>414</sup>

---

<sup>410</sup> A oitava tese de Direito Ambiental da publicação “Jurisprudência em Teses” de n.º 30, publicada em 18 de março de 2015 no website do STJ (<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/>), dispõe que: “Em matéria de proteção ambiental, há responsabilidade civil do Estado quando a omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado”. Em sentido contrário, entendendo que, neste caso, a responsabilidade do Estado é subjetiva, mas que a culpa é presumida pela omissão ilícita: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Omissões na Atividade Regulatória... *Op. Cit.*, p. 263.

<sup>411</sup> GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva... *Op. Cit.*, p. 261-268.

<sup>412</sup> FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado... *Op. Cit.*, p. 170-197.

<sup>413</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 38, p. 1-28, abr./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-38-ABRIL-2014-DANIEL-HACHEM.pdf>>. Acesso em 02.out.2018.

<sup>414</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado... *Op. Cit.*, p. 1-28.

Logo, a responsabilidade por esta teoria na França não é critério de responsabilidade por omissão ou comissão, mas sim de responsabilização apenas do agente ou de responsabilização da Administração. No Brasil, para Hachem, a *faute de service* seria aquela prevista no art. 37, §6º da Constituição Federal (e objetiva, portanto), enquanto a *faute personnelle* seria tratada pelo Código Civil (subjetiva).<sup>415</sup>

Por conseguinte, não faz sentido afirmar que a responsabilidade estatal em caso de omissão é subjetiva em razão da teoria francesa, uma vez que na França a teoria *faute de service* não denota esta responsabilização subjetiva, bem como *faute* não traz a caracterização, tradução, significado ou o requisito da “culpa”. Na França, a responsabilidade estatal é objetiva – seja decorrente de omissão, seja de comissão.

Assim, contrariando parte da doutrina que segue o entendimento de Bandeira de Mello<sup>416</sup>, há fundamentações sólidas – adotadas nesta pesquisa – de que a responsabilidade estatal é sempre objetiva (na omissão ou comissão) à luz da teoria do risco administrativo, tendo como embasamento a busca da igualdade dos cidadãos diante dos encargos públicos (para casos de atividade lícita) e a observância do princípio da eficiência, da boa-fé e da proporcionalidade (para casos de antijuridicidade), além da expressa previsão da Constituição Federal.

Neste contexto, cabe salientar que, com base na teoria do risco administrativo, o dever de reparação estatal só ocorrerá se preenchidos todos os requisitos necessários (dano e nexos causal deste com a ação ou omissão) e se inexistentes as excludentes de responsabilização. Logo, havendo dever de agir – e não agindo, ou agindo de forma precária – o Estado é responsável.

Contudo, há exceções à aplicação da teoria do risco administrativo com a aplicação da teoria do risco integral, como os casos de atividade nuclear, do depósito de munição, do aluno em escola pública ou do preso, em que sequer é possível indicar o dever de cuidado do Estado para tais objetos ou pessoas somado a alguma possibilidade fática de “evitar” eventual prejuízo, ou mesmo não há como apontar um dever legal de agir do Estado para se falar em responsabilização. Nestes casos, havendo dano (v.g, pela explosão do depósito, pelo assassinato do preso ou por um aluno ferido), o Estado será objetivamente responsável e

---

<sup>415</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Idem, ibidem*.

<sup>416</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo... Op. Cit.*, p. 1019-1022; p. 1029-1034.

responderá apenas pela existência da atividade de risco ou da obrigação de guarda,<sup>417</sup> pois são elas, em regra, as condições suficientes do evento danoso.<sup>418</sup>

A teoria do risco integral, portanto, difere da teoria do risco administrativo, pois impõe a responsabilização independentemente das excludentes de nexos causal. Bastam a atividade de risco ou o dever de guarda e o nexos causal direto desta atividade com o dano para que resulte o dever de reparação do Estado. Na verdade, o mais correto nestas hipóteses é falar em imputação, e não em causalidade – uma vez que o dano constitui risco próprio da atividade, sem propriamente ter sido causado por esta.<sup>419</sup>

Neste sentido, em regra são consideradas como excludentes do nexos causal para fins da teoria do risco administrativo: o caso fortuito (a imprevisibilidade); a força maior (a irresistibilidade); a culpa da vítima; o estado de necessidade (em que o interesse coletivo prevalece sobre o individual) e o fato de terceiro.<sup>420</sup>

Entretanto, Ricardo Marcondes Martins afirma que, melhor do que falar em excludentes do nexos causal, é expor acerca das excludentes de imputação, as quais são: a participação do administrado na produção do vício<sup>421</sup>; a diminuição do risco por meio de ação estatal necessária (v.g., atuação médica não culposa, mas mal sucedida); a assunção consciente de um risco pelo administrado (v.g., suicida que se lança em frente ao veículo público) e outras duas. Estas, que se relacionam com a discussão que se pretende realizar acerca do dano moral coletivo, são o domínio da situação jurídica e a generalidade de prejuízos com a anormalidade do dano.<sup>422</sup>

O domínio da situação jurídica, para Martins, relaciona-se ao fato de que o Estado poderia, por exemplo, alterar o regime dos servidores públicos sem que isso ensejasse

---

<sup>417</sup> GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva... *Op. Cit.*, p. 267-270.

<sup>418</sup> Juarez Freitas é contrário à aplicação da teoria do risco integral para o Estado, fundamentando que o critério da proporcionalidade com respectiva inversão do ônus da prova pelo nexos causal é suficiente para determinar a responsabilização mesmo nestes casos. In: FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado p. 1-28, p. 170-197.

<sup>419</sup> Como exemplo de aplicação da teoria do risco integral, tem-se um dano nuclear resultado de um evento imprevisível, poluindo lagoas, baías e praias, ou ainda um dano nuclear decorrente de uma explosão de um depósito por este ter sido atingido por um raio. Independentemente das excludentes de causalidade, nestes casos, há o dever de reparação, pois a atividade de risco é condição do prejuízo. Sem a atividade nuclear, não haveria explosão, nem dano. Se o depósito estivesse vazio, não haveria dano. Daí que se trata de imputação (se A, deve ser B) e não de causalidade (se A, então B).

<sup>420</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 241-244.

<sup>421</sup> Martins cita, como exemplo desta hipótese, quando um particular imbuído de boa-fé apresenta documentos falsos e obtém um licenciamento ambiental, salientando que o Estado não terá o dever de indenizar o particular após a descoberta da falsidade e da invalidação da licença. In: MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade civil do Estado... *Op. Cit.*, p. 361-390.

<sup>422</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Idem, ibidem*.

qualquer dever de reparação. Ele afirma que, quando o Estado detém *domínio* da situação jurídica, este pode alterá-la sem qualquer indenização.<sup>423</sup>

Quanto a esta fundamentação de Martins, faz-se a ressalva de que não se trata de afirmar que o Estado teria possibilidade de alterar irrestritamente as situações jurídicas como um soberano absolutista. Isso porque atualmente, num Estado de Direito, as relações travadas internamente pelo Estado (e os servidores), ou entre pessoas jurídicas de direito público e particulares, são tidas como relações jurídicas em que não pode haver “espaço livre do Direito”.<sup>424</sup> Por esta noção, o Estado é pessoa jurídica criada pelo Poder Constituinte, o que faz com que também esteja sujeito ao ordenamento jurídico tanto quanto as demais pessoas por ele criadas. “Ou seja, ele não é *a priori* superior às demais pessoas”.<sup>425</sup>

Claro que o Estado detém poderes concedidos pelo próprio Constituinte para fazer frente à sua função, pelo que, não se está a dizer que o Estado e, portanto, as pessoas jurídicas de direito público, são iguais às pessoas físicas ou às demais pessoas jurídicas de direito privado. Mas este Estado não detém necessariamente maior poder, e sim competências – sob o ponto de vista jurídico. Ou seja, quando o Estado ordena unilateralmente, impõe sanções ou mesmo quando faz uso de força, só o fará legitimamente se estiver fundamentado no ordenamento jurídico.<sup>426</sup>

E nestes casos em que o Estado está no uso de suas competências ou atua como “Estado-ordem jurídica” (criando leis, portanto no domínio da situação) há os direitos fundamentais dos particulares (inclusive dos servidores), que aparecem justamente para limitar tais “poderes-competência” do Poder Público. Ou seja, os direitos fundamentais individuais e coletivos são, nestas situações, normas negativas de competência em face do uso de tais “poderes-competência” pelo Estado – e não podem, dessa forma, ser descartados.<sup>427</sup>

Em resumo, o domínio da situação jurídica dentro de um Estado Constitucional de Direito não é um cheque em branco para que o Estado possa alterar o ordenamento jurídico ao seu livre arbítrio. Devem-se respeitar os direitos e as garantias fundamentais dos particulares (que podem ser restringidos, mas não esvaziados), assim como demais disposições constitucionais, sob pena de inconstitucionalidade e, por conseguinte, da obrigação de reparar.

---

<sup>423</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Idem, ibidem*.

<sup>424</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 105.

<sup>425</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *A contratualização da função pública... Op. Cit.*, p. 120.

<sup>426</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Idem*, p. 121-123.

<sup>427</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais... Op. Cit.*, p. 235-253.



Quanto ao último item de exclusão de imputabilidade – a generalidade da situação, dos prejuízos e anormalidade do dano – Martins afirma que o Estado, como não é um “segurador universal”, só terá de reparar danos que não sejam generalizados, que não resultem de meros dissabores do cotidiano e que sejam assim especiais e anormais. Isso decorre do princípio de justiça distributiva, em que os prejuízos sofridos por um administrado, em decorrência de atividade estatal devem ser repartidos por todos, pois a atividade é exercida em benefício de todos. Logo, não faz sentido um prejuízo ser geral e, ainda assim, dele decorrer o dever de reparar.<sup>428</sup>

Se outro fosse o entendimento, o Estado estaria fadado ao colapso total com a profusão de ações indenizatórias que sequer corresponderiam à capacidade do erário público. Logo, o dano deve ser *anormal* e superar os razoáveis limites de suportabilidade.<sup>429</sup> Ademais, o dano deve ser *especial*, ou seja, não pode ser disseminado por toda a sociedade, ser genérico e abstrato.<sup>430</sup>

Ainda quanto às características do dano reparável, Bandeira de Mello afirma que este precisa ser injusto, ou seja, não basta para haver dever de reparação que haja apenas um prejuízo patrimonial, econômico ou financeiro, uma vez que o dano deve corresponder a um direito da vítima, ou seja, deve haver um “agravo a um direito” que pode atingir tanto a esfera patrimonial como a extrapatrimonial (moral) da vítima.<sup>431</sup>

Disso decorre que o dano reparável, ou seja, aquele em que possa ser imputada ao Estado alguma reparação, necessita ser anormal, especial e injusto. Entretanto, é imprescindível salientar que os requisitos da especialidade e da anormalidade só precisam ser preenchidos quando a atividade estatal for lícita. Para a atividade ilícita, basta que o dano seja certo e injusto para ser imputado ao Estado à responsabilidade pelo prejuízo, o que decorre do princípio da legalidade, do Estado de Direito e da juridicidade.<sup>432</sup>

É o caso, por exemplo, quando se discute responsabilidade civil do Estado por atos legislativos. Não se nega a responsabilidade quando os prejuízos são decorrentes de lei inconstitucional, pois independe da anormalidade e especialidade. Mas quando a lei é constitucional, “a imputação, como regra geral, é excluída em decorrência da generalidade.

---

<sup>428</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade civil do Estado... *Op. Cit.*, p. 386-387.

<sup>429</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo...* *Op. Cit.*, p. 236.

<sup>430</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade civil do Estado... *Op. Cit.*, p. 386-387.

<sup>431</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo...* *Op. Cit.*, p. 1019-1022.

<sup>432</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 68.

Sem embargo, se a lei geral importar num prejuízo especial para um ou alguns administrados, haverá direito de reparação”.<sup>433</sup>

É também o que ocorre pela omissão inconstitucional do Estado por inatividade normativa, ou seja, não se exigem especialidade e anormalidade do dano nesta hipótese. A inatividade normativa consiste na inércia do Poder Legislativo em legislar, por exemplo, regulamentando direitos fundamentais de baixa normatividade na Constituição Federal, mas também consiste na inércia da Administração quando deixa de editar atos normativos que especifiquem o conteúdo de direitos constitucionais, já legalmente previstos. Isso porque, para concretização dos direitos fundamentais, muitas vezes é necessário, além da previsão constitucional e legal, que a Administração crie órgãos, institua procedimentos de prestação de serviços ou estabeleça regras voltadas para a proteção de tais pretensões.<sup>434</sup>

A inatividade normativa pode ensejar responsabilidade civil do Estado, sendo que, quando existe prazo certo para a edição da lei, o nexo dependerá exclusivamente do descumprimento, e, quando não houver prazo, é necessário constituir o Estado em mora por meio dos instrumentos próprios, como a ação direta de inconstitucionalidade ou o mandado de injunção.<sup>435</sup>

Por conseguinte, em resumo, o dano reparável em caso de responsabilidade estatal pode resultar de ação lícita ou antijurídica ou de omissão estatal perante algum dever espontâneo, seja do Legislativo, seja da Administração, e jamais resulta de prejuízo juridicamente previsto pelo ordenamento jurídico.<sup>436</sup> O fundamento para o primeiro caso (ação lícita) é a igualdade da repartição de encargos, enquanto para os outros dois (ação e omissão antijurídicas) é o próprio princípio do Estado de Direito e da juridicidade.

Há ainda quem, além da presença do dano reparável e do nexo causal deste com a ação ou omissão estatal, entenda como necessária para a responsabilização civil do Estado a presença de mais um requisito consistente em síntese na possibilidade material de agir. Para esta corrente, o Estado deve ter condições financeiras, jurídicas e fáticas necessárias para cumprir adequadamente seus deveres fundamentais – não as tendo, não pode ser

---

<sup>433</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade civil do Estado... *Op. Cit.*, p. 386-387.

<sup>434</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa efetiva...* *Op. Cit.*, p. 483.

<sup>435</sup> FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por Omissão Legislativa – caso do art. 37, X da Constituição da República. In: FREITAS, Juarez (org.) *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 208-224; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Omissões na Atividade Regulatória... *Op. Cit.*, p. 260.

<sup>436</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual... *Op. Cit.*, p. 26-27.

responsabilizado. Ou seja, para esta corrente, a “reserva do possível” é causa exonerativa das obrigações do Estado.<sup>437</sup>

Nesta linha, “o Estado só estaria obrigado a atender as imposições constitucionais relativas aos direitos fundamentais se isso não compromettesse em demasia os cofres públicos”, e assim se justificaria a violação de tais direitos pela omissão estatal, como no caso de um hospital público que não estaria sujeito ao atendimento do direito fundamental à saúde se a demanda fosse excessiva. Ou seja, também não estaria sujeito a reparar os danos decorrentes dessa omissão.<sup>438</sup>

Entretanto, ratifica-se que as prestações que já foram asseguradas expressamente pela Constituição, pelas leis ou por atos administrativos normativos (v.g., Relação Nacional de Medicamentos), ou que não estejam expressamente previstas, mas integrem o mínimo existencial, são prontamente exigíveis, conforme já exposto. E, se no caso concreto a Administração não tenha recursos financeiros para cumpri-las, isso não elide o seu dever de atender estas pretensões jusfundamentais, muito menos o seu respectivo dever de reparar o dano reflexo, pois a omissão continua sendo antijurídica, embora não seja culpável.<sup>439</sup>

Logo, a inclusão da reserva do possível como elemento necessário à configuração da responsabilidade faz parecer que os direitos fundamentais só deveriam ser realizados pelo Poder Público se houvesse recursos disponíveis, o que é contrário ao princípio da eficiência (artigo 37, *caput*, CF), como também da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (artigo 5º, § 1º, CF). Ademais, este raciocínio retoma o elemento “culpa”, o qual é prescindível para fins de responsabilidade civil estatal.

E isso não resulta num Estado como segurador universal, já que a reserva do possível pode ser invocada como fator limitativo da tutela de direitos fundamentais no que diz respeito a pretensões que não estejam normatizadas e não integrem o mínimo existencial.<sup>440</sup>

Logo, o que se conclui é que, considerando as pretensões jusfundamentais prontamente exigíveis (item 2.1.1), o Estado é obrigado a reparar os prejuízos, caso estes sejam causados, quando: (i) violar a função de defesa dos direitos fundamentais; (ii) não cumprir as prestações positivas referentes ao mínimo existencial; (iii) não cumprir as prestações positivas que estejam especificadas no enunciado constitucional, ou que estejam especificadas em legislação ordinária, mesmo que estejam além do mínimo existencial; (iv) e

---

<sup>437</sup> Esta corrente é citada e refutada por HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva... Op. Cit.*, p. 551-552.

<sup>438</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Idem, ibidem*.

<sup>439</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Idem, ibidem*.

<sup>440</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Idem, ibidem*.

por se omitir, nas hipóteses em que não há conteúdo constitucional mínimo, após o decurso de prazo imposto pela via do mandado de injunção.

No item seguinte, referida responsabilização será analisada de forma mais aprofundada por meio da análise de casos concretos e referentes especificamente ao dano moral coletivo, que é o objeto da pesquisa.

Por ora, é importante salientar que, especificamente aos direitos sociais, o Estado pode ser responsabilizado por danos decorrentes tanto de sua omissão quanto de sua ineficiência na concretização destes direitos. E “considerando que a titularidade de tais direitos poderá ser individual ou transindividual, o dano gerado também poderá ostentar proporções individuais ou coletivas”. Hachem exemplifica como danos, nestes casos, os prejuízos decorrentes do silêncio da Administração num processo administrativo reivindicatório de tutela de direitos sociais, pela omissão da autoridade competente em expedir ato normativo necessário ao exercício de uma pretensão jusfundamental, pela falha na prestação de um serviço público adequado ou pela inércia da formulação de uma política pública.<sup>441</sup>

Em suma, a conclusão da análise da responsabilidade do Estado, por ora, é de que este responderá objetivamente pelos danos morais ou materiais comprovadamente oriundos de atos ou omissões de qualquer um dos três Poderes, obrigando-se a reparar os prejuízos causados.<sup>442</sup>

### 2.1.3. O dano moral coletivo causado pelo Estado por violação à dimensão coletiva dos direitos fundamentais sociais

Feito o exame acerca da responsabilidade civil do Estado, resta verificar se há harmonia do regime jurídico específico desta com a teorização do dano moral coletivo.

Conforme já exposto (Capítulo 1), o dano moral coletivo é causado por (i) lesão injusta a interesse difuso ou coletivo, na qual se tenha o comprometimento do fim de tutela do bem jurídico indivisível atingido e que este fim esteja relacionado à dignidade, ou por (ii) lesões multitudinárias a interesses individuais homogêneos que qualificam esta lesão como coletiva por uma ficção jurídica do art. 100 do CDC. É necessária, portanto, a análise de cada

---

<sup>441</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Idem, ibidem*.

<sup>442</sup> TÁCITO, Caio. Responsabilidade do Estado por Dano Moral. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, p. 263-273, jul./set. 1994.

um destes casos no que se refere à responsabilidade do Estado, tendo em vista as particularidades de cada um deles.

Primeiramente, **(i)** a responsabilidade estatal por lesão a interesse difuso ou coletivo que tenha tido o comprometimento do fim de tutela do bem jurídico indivisível atingido e que este fim esteja relacionado à dignidade.

Destacou-se que, para configuração do dano moral difuso ou coletivo *lato sensu*, é preciso que estejam preenchidos quatro requisitos: (a) o requisito material, que representa o fato físico e o prejuízo em si (a lesão ao interesse ou a diminuição de bem) no mundo concreto, ou seja, o comprometimento do fim justificador da proteção jurídica conferida ao bem; (b) o elemento formal, que provém da norma jurídica (a antijuridicidade da lesão à dignidade); (c) o elemento quantitativo, referente a uma coletividade e, por fim, (d) o elemento qualitativo, relacionado a um bem indivisível. Para a responsabilização estatal, por sua vez, o dano será reparável apenas se apresentar outras características, for certo e injusto, e, para caso de dano resultante de atividades lícitas, é preciso ainda que o dano seja anormal e especial.

Neste contexto, primeiramente, resta saber se os requisitos do dano moral difuso ou coletivo são compatíveis com os danos que são considerados como reparáveis pelo Estado.

O requisito material se compatibiliza com o requisito do dano certo, ou seja, com a necessidade de concretude do prejuízo, de que este não seja hipotético ou eventual. O elemento formal, por sua vez, se compatibiliza com a exigência de que o dano seja injusto e anormal, já que ambos tratam da antijuridicidade do dano.

Maiores dificuldades estão na compatibilidade do requisito da especialidade com os elementos quantitativo e qualitativo. Questiona-se, neste contexto, se um dano difuso ou coletivo pode ser também especial e, portanto, não ser considerado um dano disseminado pela comunidade. A princípio, parece que em regra não.

A necessidade de que o dano, para ser reparável, seja especial, não generalizado e não disseminado pela sociedade, decorre do princípio da igualdade, mas também de raciocínio lógico – se o dano for generalizado e decorre de uma atividade lícita, não é coerente que todos arquem com uma indenização para todos. Se o prejuízo é disseminado, não há como impor o dever de reparti-lo.

Portanto, em decorrência de atividades lícitas, parece não ser possível a condenação do Estado em reparar um dano moral coletivo ou difuso – justamente em razão da ausência da especialidade. É o caso de um plano econômico devidamente planejado e aplicado que tenha

ensejado alta inflacionária ou desemprego: não há como suscitar a responsabilização estatal, pois o dano é generalizado.

Entretanto, é importante lembrar que a especialidade é requisito necessário na responsabilidade civil do Estado apenas quando o dano decorre de atividades lícitas. Quando o dano é decorrente de atividade ilícita (ou antijurídica, contrária aos princípios da eficiência, da boa fé ou da proporcionalidade) ou da omissão estatal perante seus deveres fundamentais, não há que se exigir a presença de tal requisito.

Logo, nestas hipóteses (ato ou omissão antijurídicas), o dano moral coletivo causado pelo Estado, mesmo que não seja especial, terá de ser reparado. E esta responsabilização é objetiva, ou seja, independe da configuração da culpa.

Por conseguinte, percebe-se que, em algumas situações, há compatibilidade entre os requisitos do dano moral difuso ou coletivo com os danos que são considerados como reparáveis pelo Estado.

Quanto ao regime jurídico específico da responsabilidade civil estatal, que é o próprio regime jurídico administrativo, e demais fundamentos antes expostos, a culpa (para a fundamentação da responsabilidade por omissão como subjetiva, para quem adotar esta doutrina) – e também o princípio da legalidade, da igualdade de encargos e do risco – parece também guardar compatibilidade com a teorização do dano moral coletivo (fundamentada na dignidade).

O princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais e da solidariedade de todos os fundamentos que embasam a responsabilidade do Estado, contudo, é talvez o que apresente maiores complicações de aplicação quando se tratar de dano moral coletivo. Lembra-se que referido princípio busca a divisão dos riscos e danos em razão da atividade estatal que é benéfica a todos, daí que se repartem por todos os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade.

Neste contexto, em um caso de omissão municipal, por exemplo, para implantação de um aterro sanitário, é possível fundamentar que a reparação deste dano moral difuso a ser arcado pelo Município é harmônica com o princípio da igualdade de repartição de encargos se todos os munícipes arcarão, ainda que indiretamente, com referida indenização? Como explicar, neste exemplo, que os munícipes vão arcar com um dano que atinge eles próprios, e que tal fato não viola o princípio da igualdade de repartição de encargos?

Referida problemática não é enfrentada em regra pela doutrina ambiental, que fundamenta pela responsabilidade do Estado por interesses difusos, baseada tão somente nos

princípios do ramo, especialmente no princípio do poluidor-pagador. Ademais, sendo o meio ambiente um interesse diacrônico (que se projeta para as futuras gerações), poderia se argumentar pela presença da especialidade do dano, na qual os municípios estariam arcando a reparação de um dano de todos, inclusive das gerações futuras. A doutrina administrativista, por sua vez, pouco enfrenta a questão dos danos difusos causados pelo Estado.

Couto e Silva, em análise desta problemática do dano moral coletivo à luz do Direito Administrativo, afirma que, no caso de omissão estatal, o fundamento jurídico da obrigação de reparar não se deduz no princípio da igualdade perante os encargos públicos, como ocorre nos casos da responsabilidade do Estado por atos lícitos. Para o jurista, portanto, no caso de omissão antijurídica, a responsabilidade do Estado decorre do expresse comando constitucional (art. 37, §6º). Ou seja, o que fundamenta a responsabilidade por atos ou omissões antijurídicas não é o princípio distributivo, mas o próprio Estado de Direito e a irrestrita submissão do Poder Público à juridicidade.<sup>443</sup>

Daí que, no caso da ausência do aterro, nem se caberia cogitar ausência de responsabilização do Município – por desarmonia com o princípio da igualdade da repartição de encargos.

Entretanto, diversos outros juristas<sup>444</sup> fundamentam que, para além do princípio da legalidade, o princípio distributivo embasa a responsabilidade do Estado mesmo para os atos e omissões antijurídicas. Isso leva a questionar se referidos doutrinadores afastariam a obrigação de compensação estatal nestes casos, não o afastamento da necessidade de remoção/reparação do dano (que é inerente ao Estado de Direito), mas ao menos o afastamento de uma obrigação de compensação pecuniária.

De qualquer forma, adotando raciocínio semelhante ao de Couto e Silva, é possível dispor, portanto, que em regra há obrigação de reparar o dano moral coletivo em razão de omissão ou falha na prestação do serviço público, ou na formulação de uma política pública que afete um número indeterminado de pessoas (interesse difuso) ou que atinja a todos que

---

<sup>443</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Notas sobre o dano moral... *Op. Cit.*

<sup>444</sup> “Não se pode colocar no mesmo patamar o desenvolvimento de atividades nucleares (artigo 21, XXIII, “c” da CF) com a expedição de decretos regulamentares, embora ambas as situações possam ensejar a responsabilização objetiva do Estado, se de tais atos decorrerem danos específicos aos cidadãos. Ambos são casos de responsabilidade objetiva por ação; no entanto, naquele efetivamente aplica-se a teoria do risco; nesse, a teoria da igualdade diante dos ônus sociais. Na omissão, o fundamento deve ser também o princípio da igualdade”. In: HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado... *Op. Cit.*, p. 1-28.

estão conectados por alguma razão, como por estarem em um uma cidade ou um lugar (interesse coletivo).<sup>445</sup>

Referida responsabilidade restará configurada quando estiverem preenchidos os quatro requisitos do dano (formal, material, quantitativo e qualitativo). Ou seja, quando a falha na prestação de serviço público ou da formulação da política pública se equivaler a ato antijurídico (quando é feita coisa diversa daquela determinada juridicamente) ou quando a respectiva inércia configurar uma omissão inconstitucional; e ainda quando estas ações ou omissões causarem um dano a ponto de comprometer o fim da proteção jurídica do respectivo bem indivisível.

Outra hipótese mais complexa se dá quando já há, por exemplo, serviço público ou política pública, e quer-se discutir acerca da ineficiência ou quebra da boa-fé na prestação destes para fins de responsabilidade civil do Estado. A questão é complexa em razão da dificuldade de se medir a eficiência e de se constatar a quebra da boa-fé, mas, acaso comprovadas estas, como ambas resultam também em ato antijurídico, poderá restar configurado o dever de reparação de possível dano moral coletivo.

Segue-se **(ii)** a reparação pelo Estado por dano moral coletivo em decorrência de lesões multitudinárias a interesses individuais homogêneos que qualifiquem esta lesão como coletiva por uma ficção jurídica do art. 100 do CDC.

Conforme exposto no primeiro capítulo, para além dos danos individuais, há dano moral coletivo nos casos, por exemplo, da violação de privacidade dos usuários do Facebook e do Windows 10<sup>446</sup>, pois o bem jurídico protegido lesionado (a prestação de serviço de consumo adequado) resultou em prejuízo no mundo concreto a uma coletividade, com lesões multitudinárias, a ponto de comprometer o fim da proteção jurídica deste bem (no caso, a intimidade – elemento conexo à vida digna), nos termos do art. 100 do CDC.

Salientou-se também que uma representação adequada da coletividade em tais lides deverá verificar se não é necessária a cumulação de duas pretensões para fins de pacificação social: uma pela condenação genérica para fins de execuções individuais (art. 95 do CDC) e

---

<sup>445</sup> ZULIANI, Ênio Santarelli. Direitos e particularidades do arbitramento do dano moral na responsabilidade civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil do Estado: Desafios Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 411-438.

<sup>446</sup> No primeiro capítulo, abordaram-se os casos pseudoindividuais ou de massa, a exemplo da Associação SOS Consumidor, que ingressou com uma ação civil pública contra o Facebook no Brasil pelo vazamento dos dados de 443 mil usuários brasileiros. Situação semelhante é a da ação civil pública intentada pelo Ministério Público em face da Microsoft para impedir que o sistema operacional de computador denominado Windows 10 continue obtendo dados pessoais dos usuários sem seu expresso consentimento. Ambas as ações pleiteiam a reparação por dano moral coletivo.



outra pela reparação do dano moral qualificado por uma ficção jurídica como coletivo (art. 100 do CDC), a exemplo da cumulação pretendida no caso da Boate Kiss<sup>447</sup>.

Resta saber, neste momento, se a reparação deste dano moral coletivo resultado de uma ficção jurídica é harmônica com o regime jurídico específico da responsabilidade civil estatal. Mas, para tanto, é necessário antes saber se é possível que o Estado lesione múltiplos interesses de titularidade individual (por ação ou omissão antijurídicas) sem que lesione cumulativamente um interesse de titularidade coletiva (como acontece na relação de consumo do Facebook e do Windows 10) e, portanto, seja de fato necessária esta ficção jurídica do art. 100 do CDC.

Esta questão, por sua vez, relaciona-se com a discussão já exposta (no item 2.1.1) sobre a titularidade dos direitos fundamentais, pois acaso a pretensão jusfundamental envolvida for meramente individual, e não coletiva, a ficção jurídica do art. 100 do CDC, que qualifica como coletivo um direito genuinamente individual, pode ser útil.

Entretanto, diferentemente da relação de consumo, em se tratando de Estado, não há como se cogitar (via de regra) que lesões multitudinárias atingirão apenas interesses de titularidade individual, e, portanto, não terão cumulativamente algum interesse de titularidade coletiva lesionado. Já na relação de consumo, a linha divisória entre interesse individual e coletivo é tênue, uma vez que a classificação do bem jurídico protegido (serviço de consumo) como divisível ou indivisível é obscura (mesmo nos casos do Facebook, do Windows 10 ou da Boate Kiss). Mas quando se trata do Estado, e prestação de serviço público, por exemplo, esta linha entre interesse individual e coletivo é ainda mais frágil.

Neste sentido, quando se trata, por exemplo, de lesões individuais multitudinárias em razão de falha na prestação do serviço público de saúde, ou pela inércia da formulação de uma política pública de prevenção e combate à dengue, entende-se que não é necessária a ficção jurídica construída por Talamini para fins de se qualificarem interesses individuais como coletivos, nos termos do art. 100 do CDC. Pois nestes casos já há cumulativamente tanto interesses de titularidade individual quanto interesses de titularidade coletiva comprometidos.

Nestes exemplos, há, para além da dimensão subjetiva, uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais que é violada pelo Estado, e esta dimensão é de caráter transindividual. Quando o Estado falha na prestação de serviço público ou não cria uma política pública

---

<sup>447</sup> Referente ao incêndio da Boate Kiss, em Santa Maria-RS, que causou a morte de 242 pessoas e feriu outras 680. O incêndio foi causado por um sinalizador disparado no palco em direção ao teto por um integrante de um grupo musical que se apresentava no local. A Defensoria Pública Estadual, substituta processual dos atingidos pelo incêndio, ajuizou uma ação coletiva e requereu a reparação dos danos morais individuais cumulados com danos coletivos.

necessária à concretização dos direitos fundamentais, está deixando de cumprir seus deveres autônomos de respeito, proteção e promoção de tais direitos, e estes deveres, lembra-se, são inerentes à dimensão objetiva.

Assim, como a pretensão jusfundamental envolvida nestas discussões não é meramente individual, mas também é coletiva (simultaneamente), é possível cogitar tanto danos morais individuais quanto danos morais coletivos. A possibilidade da condenação genérica do Estado para fins de execuções individuais (art. 95 do CDC), e ainda a cumulação desta condenação genérica com a condenação para reparação de danos morais coletivos, assim como a análise de como se opera o pagamento desta indenização, são temas, contudo, para o próximo item (2.2).

Por ora, sabe-se que (i) há compatibilidade do dano moral coletivo com os requisitos do dano reparável pelo Estado; (ii) há harmonia entre o regime jurídico da responsabilidade civil estatal e a construção teórica da reparação do dano moral coletivo; e (iii) sequer é necessária a ficção jurídica do art. 100 do CDC para configurar este dever de reparar.

Contudo, em que pese esta compatibilidade, a jurisprudência brasileira tem oscilado – ora reconhecendo este dano como reparável, ora negando a reparação dos danos morais coletivos pelo Estado.

Na 1ª Turma do STJ, dos 16 acórdãos<sup>448</sup> que tratam sobre o tema dano moral coletivo, nenhum obteve a determinação de reparação, em que pese o Tribunal não ter adentrado no mérito da discussão por questões preliminares.<sup>449</sup> Há, contudo, no ano de 2016, decisão da 1ª Turma reconhecendo referida obrigação de reparar.<sup>450</sup> A 2ª Turma, por sua vez, oscila entre determinar a reparação – especialmente nos casos em que se trata de

---

<sup>448</sup> O instrumento de busca utilizado foi o sistema eletrônico de pesquisa jurisprudencial do site do STJ (<http://www.stj.jus.br/SCON/>) por meio da procura pelo termo “dano moral coletivo”. Nesta busca, foram encontrados, em 27/07/2018, 16 (dezesseis) acórdãos na 1ª Turma e 65 (sessenta e cinco) na 2ª Turma. Entretanto, há outros julgados sobre o tema que não utilizaram a referida expressão.

<sup>449</sup> Entre outros: “É inviável, em sede de ação civil pública, a condenação por danos morais coletivos”. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1305977/MG, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 09/04/2013, DJe 16/04/2013). Em sentido semelhante: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1619131/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 06/02/2018, DJe 08/03/2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 277.516/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 23/04/2013, DJe 03/05/2013. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1109905/PR, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 03/08/2010.

<sup>450</sup> “Esta Corte já se manifestou no sentido de que atentado aos interesses dos consumidores que seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade gera dano coletivo, como ocorre no presente caso, dada a comprovada comercialização de leite com vício de qualidade”. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1283434/GO, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 07/04/2016, DJe 15/04/2016.

concessionárias, permissionárias e autorizatárias – e fundamentar pela impossibilidade da indenização, tendo em vista o seu ônus financeiro.

Portanto, resta analisar agora como tem sido o entendimento jurisprudencial acerca deste tema à luz da teoria dos direitos fundamentais, para fins de concluir como se opera esta responsabilidade do Estado por dano moral coletivo decorrente da lesão aos direitos sociais.

Este exame é feito por meio das pretensões jusfundamentais, as quais, conforme teorização de Daniel Hachem, são consideradas prontamente exigíveis (vide item 2.1.1). Ou seja, passa-se a analisar a responsabilidade civil do Estado de acordo com a respectiva função e grau de exigibilidade dos direitos fundamentais sociais.

Neste contexto, considerando as pretensões jusfundamentais prontamente exigíveis (item 2.1.1), o Estado é obrigado a reparar os prejuízos caso estes sejam causados por (i) violação da função de defesa dos direitos fundamentais. Logo, acaso o Estado viole referida função de defesa de um direito social, será obrigado a reparar os prejuízos correspondentes.

Isso porque o cidadão, se dispuser de condições financeiras, pode contratar – nas áreas de saúde, educação e previdência privada – os serviços que julgar pertinentes e que encontrar disponíveis no mercado. Ao Estado, não cabe interferir.<sup>451</sup>

A interferência estatal antijurídica nesta seara – se afetar um número indeterminado de pessoas (interesse difuso) ou atingir a todos que estejam conectados por alguma razão, como uma cidade ou um lugar (interesses coletivos) –, resulta no dever de reparação por dano moral coletivo.

Ainda quanto às pretensões prontamente exigíveis, relembra-se que o Estado é obrigado a reparar os prejuízos, caso estes sejam causados quando (ii) não cumprir as prestações positivas referentes ao mínimo existencial, tendo em vista sua vinculação com a dignidade humana, independentemente de regulamentação legislativa, previsão orçamentária ou disponibilidade financeira.

Sem adentrar na discussão sobre a origem, definição e conteúdo do mínimo existencial, é necessário, neste momento, ao menos trazer-lhe alguns contornos para compreensão da questão. Neste sentido, há corrente doutrinária que afirma que o mínimo existencial só pode ser determinado no caso concreto, como Ingo Sarlet, que a título ilustrativo fundamenta como incluídos no conceito “a saúde, educação, moradia, assistência e previdência social, os aspectos essenciais do direito ao trabalho e da proteção do trabalhador,

---

<sup>451</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva... Op. Cit.*, p. 151-152.

a alimentação, o fornecimento de serviços existenciais básicos como água, saneamento básico, transporte, energia elétrica, e o direito a uma renda mínima”.<sup>452</sup>

Ana Paula de Barcellos, por sua vez, sem ignorar a mutabilidade do mínimo existencial no tempo e no espaço, considera que o seu conteúdo pode ser previamente traçado a partir de um “rol constitucional preferencial”.<sup>453</sup> Para a jurista, portanto, compreende o mínimo existencial: a educação básica (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio); a saúde básica (correspondente às prestações ordinárias que de todos necessitem, como saneamento básico, proteção materno-infantil, medicina preventiva e prevenção epidemiológica); a assistência aos desamparados (salário mínimo, alimentação, vestuário e abrigo), e, por fim, o acesso à justiça.<sup>454</sup>

Cabe ao Estado, portanto, assegurar este mínimo existencial: trata-se de um dever de ação do Estado. E este dever de agir estatal constitui uma das premissas referentes à responsabilidade civil do Estado. Logo, acaso o Estado não concretize um direito social de titularidade coletiva a ponto de comprometer o mínimo existencial, ele terá o dever de reparar o respectivo dano moral transindividual que causar.

Como exemplo desta hipótese, tem-se a previsão do art. 7º, IV da CF, que dispõe que o salário mínimo tem de ser fixado por lei em valores que sejam capazes de atender às necessidades vitais básicas. Previsão semelhante é a do art. 37, X da CF, que dispõe que é assegurada a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos.

Referidos dispositivos constitucionais contêm determinação específica de regulamentação dos direitos fundamentais pelo legislador e pelo administrador, respectivamente, e ainda com conteúdo determinado a ser observado quando da edição da norma. É uma previsão constitucional de cunho impositivo que vincula o legislador e o administrador futuro. Refere-se, assim, a uma parcela da dimensão objetiva destes direitos fundamentais, um dever de promoção e de titularidade transindividual.<sup>455</sup>

E acaso o valor fixado por lei não seja suficiente para as necessidades determinadas no enunciado constitucional (art. 7º, IV da CF), referida lei será inconstitucional e comprometerá ainda o mínimo existencial. Idem quanto à revisão geral anual (art. 37, X da CF), a qual, acaso não realizada, resulta em omissão inconstitucional que também pode terminar por comprometer o mínimo existencial, acaso a ausência de revisão comprometa a subsistência.

---

<sup>452</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos...* Op. Cit., p. 326.

<sup>453</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Mínimo existencial...* Op. Cit., p. 205-240.

<sup>454</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios...* Op. Cit..

<sup>455</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos...* Op. Cit., p. 320.

E conforme já salientado, norma inconstitucional enseja responsabilidade objetiva do Estado, inclusive para fins de reparação de dano moral de titularidade difusa, já que não é necessário o preenchimento do requisito de especialidade.

Em outras palavras, independentemente dos prejuízos individuais e também patrimoniais que podem estar presentes, há, nestes casos citados de inatividade ou de falha normativa (v.g., pela violação do art. 7<sup>a</sup>, IV da CF), o preenchimento dos quatro requisitos para a configuração do dano moral coletivo: elemento material, quantitativo (prejuízo coletivo no mundo concreto pelo não atendimento das necessidades vitais básicas), formal e qualitativo (lesão desproporcional decorrente da violação a dimensão objetiva do direito social referente ao dever de legislar a ponto de comprometer a dignidade).

Ou seja, entende-se que há dano moral coletivo nesta hipótese, pois a lesão à dimensão objetiva de direito fundamental (o dever de agir e legislar, o dever de promoção destes direitos sociais) resulta em prejuízo no mundo concreto de uma coletividade indeterminável ou de difícil determinação a ponto de comprometer o fim da proteção jurídica deste direito social (no caso, mínimo existencial – elemento conexo à vida digna).

Para o reconhecimento do dever de reparar o dano, contudo, como se trata de responsabilidade por ato normativo, é necessária primeiramente a declaração da inconstitucionalidade da norma.<sup>456</sup> Ou seja, para fins da responsabilidade civil do Estado, é necessário quando da legislação inconstitucional (da ação antijurídica) constituir o Estado em mora por meio dos instrumentos próprios, como a ação direta de inconstitucionalidade.<sup>457</sup>

Quando da inatividade normativa (omissão inconstitucional), por outro lado, quando existe prazo certo para a edição da lei, o nexo depende exclusivamente do descumprimento. E quando não houver prazo, é necessário também constituir o Estado em mora por meio dos instrumentos próprios, como a ação direta de inconstitucionalidade ou o mandado de injunção.<sup>458</sup>

Ou seja, ainda que a pretensão jusfundamental correspondente ao mínimo existencial seja prontamente exigível – o que resulta dizer que, no caso do salário mínimo, por exemplo, pode ser requerido e fixado prontamente algum valor pelo próprio juiz<sup>459</sup> –, a responsabilidade civil decorrente desta mesma lei inconstitucional, por outro lado, dependerá

---

<sup>456</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Omissões na Atividade Regulatória... *Op. Cit.*, p. 257.

<sup>457</sup> FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por Omissão... *Op. Cit.*, p. 208-224; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Omissões na Atividade Regulatória... *Op. Cit.*, p. 260.

<sup>458</sup> FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por Omissão... *Op. Cit.*, p. 208-224; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Omissões na Atividade Regulatória... *Op. Cit.*, p. 260.

<sup>459</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva*... *Op. Cit.*, p. 154.

primeiramente de uma constituição do Estado em mora via declaração da inconstitucionalidade da lei.<sup>460</sup>

Ademais, a responsabilidade estatal nestes casos é objetiva, resultado tanto da omissão inconstitucional quanto de ação antijurídica, e não é cabível – por se tratar de parcelas referentes ao mínimo existencial – falar em reserva do possível enquanto excludente desta responsabilidade.

Contudo, em que pese esta ser a posição da doutrina, o STF, quando enfrentou o tema sobre a responsabilidade do Estado em decorrência da inatividade normativa do chefe do Poder Executivo, em face do art. 37, X da CF, fundamentou de forma totalmente contrária, dispondo que o comportamento omissivo do Estado em regulamentar os direitos fundamentais não gera direito à indenização por perdas e danos.<sup>461</sup> Neste julgamento, sequer se tratou de dano moral coletivo, mas de danos morais individuais. Já se percebe, contudo, a postura resistente do STF em determinar a responsabilidade civil do Estado por inatividade normativa.

Mais recentemente, em 2018, o tema retornou a Corte por meio do Recurso Extraordinário n.º 565.089-SP, ainda sem julgamento finalizado. Dos 7 votos já proferidos, 3 deles são pelo reconhecimento do direito à indenização (patrimonial individual) em razão da omissão antijurídica, e 4 contrários, sob o fundamento de que o dispositivo assegura a manifestação quanto ao cabimento da eventual revisão, mas não confere direito subjetivo ao aumento.<sup>462</sup>

Outros exemplos para esta hipótese de responsabilidade civil por danos (inerentes ao mínimo existencial), além daqueles gerados por inatividade ou falha normativa, e de ausência de regulamentação dos direitos sociais, são os casos em que o Estado não presta eficazmente os serviços públicos, e não cria políticas públicas que garantam materialmente o saneamento básico, o fornecimento de energia elétrica, a moradia ou a prevenção epidemiológica – todas situações em que há comprometimento do mínimo existencial e que detêm titularidade coletiva.

Estas situações já foram analisadas pelo STJ, que oscilou em ora reconhecer o dever de reparação do dano moral coletivo, ora negá-lo.

---

<sup>460</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, p. 129-166, out./dez. 2009, p. 153.

<sup>461</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 424584, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 17/11/2009, DJe-081 DIVULG 06-05-2010 PUBLIC 07-05-2010 EMENT VOL-02400-05 PP-01040.

<sup>462</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 565089, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno.

Quanto ao saneamento básico, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça já enfrentou o tema no Recurso Especial n.º 1657795/PB e fundamentou pela impossibilidade de reparação estatal do dano moral coletivo expressamente em decorrência do “ônus financeiro” desta reparação.<sup>463</sup>

Neste caso, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) interpôs ação civil pública em desfavor do Município de Bananeiras-PE, objetivando que a municipalidade implantasse aterro sanitário, desativasse o “lixão” em desconformidade com as normas ambientais e pagasse indenização a título de danos morais difusos a serem arbitrados pelo juízo e revertido em favor do FDD. No acórdão, registrou-se que a condenação em danos morais coletivos imporia “um ônus financeiro” que “agravaria ainda mais as finanças municipais, dificultando o cumprimento das finalidades principais da presente ação ambiental, quais sejam: fim do lixão, construção do aterro sanitário licenciado e recuperação dos danos ambientais”.<sup>464</sup>

Ou seja, negou-se a reparação de dano moral em razão de “ônus financeiro”, o que não é admissível, pois, como já visto, a “reserva do possível” não é justificativa para afastar a responsabilidade civil do Estado quando se trata de pretensão correspondente ao mínimo existencial. E mais: a compensação financeira não é a única forma de reparação do dano.

Quanto ao fornecimento de energia elétrica, o tema também restou enfrentado pelo STJ. Na 1ª Turma, manteve-se o afastamento da condenação ao ressarcimento de danos morais coletivos sob o fundamento de que não restou configurada a antijuridicidade do dano (requisito da responsabilidade civil), tendo em vista a mera irregularidade na prestação do serviço, apesar do reconhecimento expresso do acórdão para que a fornecedora do serviço de energia se abstivesse dos cortes no fornecimento dos usuários inadimplentes por débito pretérito, em razão de este corte ser ilícito (contrário às normas da ANEEL).<sup>465</sup> Na 2ª Turma, porém, a concessionária do serviço de energia elétrica em decorrência de um blecaute que suspendeu o fornecimento da energia por apenas um dia teve mantida sua condenação em reparar o dano moral coletivo fixado em R\$ 500.000,00 a serem depositados em fundo administrativo.<sup>466</sup>

---

<sup>463</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1657795/PB, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/08/2017, DJe 13/09/2017.

<sup>464</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1657795/PB, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/08/2017, DJe 13/09/2017.

<sup>465</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1619131/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 06/02/2018, DJe 08/03/2018.

<sup>466</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 855.874/AC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 08/06/2017, DJe 27/06/2017.

A oscilação de entendimento do STJ é incongruente, já que, em ambos os casos, resta configurado o dano moral coletivo e o dever de reparação pelas concessionárias prestadoras de serviço público essencial. Há o preenchimento dos quatro requisitos para a configuração do dano moral coletivo: elemento material, quantitativo (prejuízo coletivo no mundo concreto com o corte do fornecimento de energia para inúmeras pessoas, hospitais, escolas, etc. da região), formal e qualitativo (lesão desproporcional a bem jurídico indivisível, a prestação do serviço público, o que compromete o mínimo existencial, elemento conexo à dignidade).

Está configurado, ainda, o nexo causal deste dano coletivo com o ato antijurídico das concessionárias (que falharam na prestação adequada do serviço público), resultando na responsabilidade objetiva destas, sem excludentes do nexo causal ou de imputação.

Por outro lado, no Agravo em Recurso Especial nº 1.528.223, o STJ manteve a condenação de autarquia federal (Departamento Nacional de Obras Contra as Secas – DNOCS) tanto quanto à condenação genérica por danos individuais homogêneos – sofridos por munícipes, a serem liquidados individualmente depois, em liquidação – como do dano moral coletivo, em razão de enchentes que atingiram o Município de Jucurutu-RN.<sup>467</sup> Ocorre que referida autarquia é a responsável pela manutenção e reparação dos equipamentos instalados em decorrência da construção da barragem Armando Ribeiro Gonçalves, barragem esta que abastece de água aproximadamente 350.000 habitantes na região.<sup>468</sup>

O acórdão fundamenta que, em decorrência das omissões do DNOCS e da grande intensidade das chuvas em janeiro de 2011, houve a inundação de cerca de 135 residências, resultando em mais de 500 pessoas desabrigadas, além de danos aos direitos difusos de toda a população jucurutense pelo meio ambiente artificial que foi lesionado.

Veja-se que, neste caso, é uma autarquia federal quem indenizará cerca de 135 famílias de um município e terá de reparar o dano moral difuso – fixado em valor de um milhão de reais, a ser remetido ao FDD.

Neste caso, há também o preenchimento dos quatro requisitos para a configuração do dano moral coletivo, e está configurado, ainda, o nexo causal deste dano coletivo com a omissão antijurídica da concessionária na prestação adequada do serviço público, resultando na responsabilidade objetiva desta.

---

<sup>467</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1528223/RN, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 08/02/2018, DJe 14/02/2018.

<sup>468</sup> Dados vinculados no site da Agência Nacional de Águas – ANA. Disponível em: <<http://www3.ana.gov.br/portal/ANA/sala-de-situacao/acudes-do-semiarido/acude-armando-ribeiro>> Acesso em 02.out.2018.



Quanto a excludentes do nexo causal ou de imputação, há, no caso, a presença do excesso de chuvas como uma possível excludente (a força maior, um evento irresistível). Entretanto, não é caso da aplicação da teoria do risco administrativo, mas sim da teoria do risco integral (porque referente tanto a dano ambiental quanto a atividade de risco). Logo, nesta situação, o Estado é objetivamente responsável e responde apenas pela existência da atividade de risco (a construção e operação da barragem), pois é ela, em regra, a condição suficiente do evento danoso, sem a qual o dano não teria ocorrido.

A questão de qual teoria é aplicável ao caso (se risco administrativo ou risco integral), contudo, sequer foi enfrentada pelo Tribunal Superior, que fundamentou apenas que não é o caso de aplicação da excludente de força maior para eximir o Estado de sua responsabilidade em decorrência de conduta omissiva.

Importante salientar que este entendimento não transforma o Estado em segurador universal, pois, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello fundamenta (embora sem tratar da teoria do risco integral), quando o dano é causado por um antecedente criado pelo Estado, este não pode se inibir da responsabilidade que do risco resultou, ainda que presente uma excludente. Logo, danos provenientes de situação de risco ensejam a responsabilidade objetiva do Estado, sem a aplicação de excludentes.<sup>469</sup>

Enfim, há responsabilidade do Estado quando, por omissão ou falha sua, cria situação propícia para a ocorrência do dano em situação em que tinha o dever de impedi-lo. Esta responsabilidade estatal por danos decorrentes de enchentes e inundações comumente leva à arguição de força maior como causa de exclusão do nexo causal, porém “neste caso, se houver também omissão do Estado na adoção de medidas que poderiam ter atenuado ou impedido os danos, caberá sua responsabilidade”.<sup>470</sup> Enfim, “o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios ou dos bueiros e galerias de águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente”.<sup>471</sup>

Se o Estado, contudo, no caso não tivesse sido omissivo, e ainda assim a enchente tivesse ocorrido, seria o caso de responsabilidade por ato lícito (mas ainda assim por risco criado). Logo, ainda que se aplicasse à teoria do risco integral, seria exigível um requisito a mais, a especialidade do dano; pois o fundamento da responsabilização não seria mais o princípio da legalidade do Estado de Direito e a irrestrita submissão do Poder Público à juridicidade, mas sim a repartição igualitária dos encargos. Neste caso, a reparação estatal

---

<sup>469</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo... *Op. Cit.*, p. 1019-1022; p. 1029-1034.

<sup>470</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 373.

<sup>471</sup> ZULIANI, Ênio Santarelli. *Direitos e particularidades do arbitramento*... *Op. Cit.*, p. 411-438.

pelo dano moral difuso não seria cabível, justamente pela ausência de especialidade do dano, mas apenas a reparação específica do meio ambiente e do dano especial e anormal sofrido pelas famílias desabrigadas.<sup>472</sup>

Ainda quanto à responsabilidade do Estado por violar o mínimo existencial, tem-se uma questão mais complexa: conhecer a ineficiência, a desproporcionalidade ou a quebra de boa-fé quando da execução de uma política pública inerente a este mínimo para fins de tratar do dever de reparação do dano moral coletivo.

Referida questão foi analisada no Recurso Especial n.º 703.471/RN, que trata da responsabilidade do Município de Currais Novos-RN, por falha no serviço de prevenção e combate à dengue, tendo o STJ se manifestado no sentido de que não houve omissão nem falha estatal. Ou seja, de que não houve ineficiência.<sup>473</sup>

De fato, a deferência prestada ao administrador é preferível ao controle jurisdicional da eficiência, que pode conduzir ao governo dos juízes, ou seja, que cada juiz julgue de acordo com o que entenda como “ótimo”, de acordo com seus ideais pessoais de gerência. Isso não quer dizer que a eficiência não possa ser averiguada e controlada pelo Judiciário, mas que, para realizar tal controle, é preciso margem de certeza.<sup>474</sup>

Neste caso concreto, portanto, como a política pública restou aplicada, inclusive conforme indicativos científicos internacionais de eficácia, e não há prova contundente da falha, o mero inconformismo com esta política ou com o próprio insucesso (com o resultado) desta não são suficientes para configurá-la como ineficaz.

Porém, os Ministros do STJ, além da acertada deferência ao administrador neste caso concreto, fundamentaram ainda que, mesmo que tivesse havido falha do Estado e que a política pública fosse comprovadamente ineficiente, ainda assim seria incabível a reparação de danos – por não ser possível registrar “o exato número de vítimas”. Em outras palavras,

---

<sup>472</sup> Em sentido semelhante: “Segundo a doutrina, Tratando-se de um benefício à coletividade, desde que o ato administrativo lícito atende ao interesse geral, o pagamento da indenização redistribui o encargo, que, de outro modo, seria apenas suportado pelo titular do direito. [...] Não é, porém, absoluto, nem geral. A compensação é limitada ao dano *especial e anormal* gerado pela atividade administrativa”. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.371.834-PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 5/11/2015, DJe 14/12/2015. Informativo nº 0574, Período: 26 de novembro a 18 de dezembro de 2015.

<sup>473</sup> Fundamenta o Ministro que “a responsabilidade civil do Estado, em se tratando de implementação de programas de prevenção e combate à dengue, é verificada nas seguintes situações distintas: a) quando não são implementados tais programas; b) quando, apesar de existirem programas de eficácia comprovada, mesmo que levados a efeito em países estrangeiros, o Estado, em momento de alastramento de focos epidêmicos, decida pela implementação experimental de outros; c) quando verificada a negligência ou imperícia na condução de aludidos programas”. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 703.471/RN, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Segunda Turma, julgado em 25/10/2005, DJ 21/11/2005, p. 195.

<sup>474</sup> NOHARA, Irene. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 145-224.

por não ser possível afirmar se os vitimizados pela doença a contraíram pela falha estatal, ou se a teriam contraído mesmo se defeito não houvesse. No acórdão, o Ministro relator João Otávio de Noronha fundamenta que é “incabível a reparação de danos ocasionada abstratamente à coletividade, sem que seja possível mensurar as pessoas atingidas em razão de eventual negligência estatal”, pois o dano não guardaria o requisito da especialidade.<sup>475</sup>

Este fundamento em específico, contudo, não é harmônico com o sistema jurídico da responsabilidade civil estatal, pois o requisito da especialidade, como já salientado, não precisa estar presente quando do ato ou da omissão estatal antijurídica. Logo, acaso se tratasse de política pública ineficiente, o reconhecimento da responsabilidade do Estado por dano coletivo seria possível independentemente da especialidade do dano.

E mesmo que não se saiba “o exato número de vítimas”, não é o caso de se afirmar que, por isso, o dano seria “abstrato à coletividade”, e não especial. Uma limitação só é abstrata (e não especial) quando onera em igual medida todos os titulares do direito.<sup>476</sup> Não é o que ocorreria na hipótese de ineficiência da política pública, em que aqueles que adquiriram a doença teriam sido onerados de forma especial, concreta e diversa dos demais. Ou seja, haveria um prejuízo particular e coletivo (ainda que não se possa indicar o número exato de vítimas), e não um mero prejuízo geral (de toda a sociedade).

Ademais, também norteia o julgamento o ônus financeiro da reparação, pois no acórdão é registrado que o responsável pela reparação seria o Município, o qual não teria condições de arcar com um provável número extenso de vítimas, já que apenas na Região Nordeste foram registrados, entre 1999 e 2003, mais de 740.000 casos de dengue.<sup>477</sup> Salienta-se, contudo, que a reserva do possível não é causa de exclusão da responsabilidade civil estatal quando o que se discute se refere à parcela do mínimo existencial.

Analisados referidos casos referentes ao mínimo existencial, continua-se, ademais, com a análise da responsabilidade civil estatal à luz da teorização de Daniel Hachem sobre as pretensões prontamente exigíveis ao Estado. Neste contexto, o jurista aponta que (iii) as prestações positivas que estejam especificadas no enunciado constitucional, mesmo que estejam além do mínimo existencial, podem ser exigidas, sendo desnecessário o mandado de

---

<sup>475</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 703.471/RN, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Segunda Turma, julgado em 25/10/2005, DJ 21/11/2005, p. 195

<sup>476</sup> XAVIER, Pedro Henrique. Responsabilidade do Estado por Atividade Lícita: Especialidade e Anormalidade do Dano. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, dez. 1986. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8921/6230>>. Acesso em: 02 out. 2018.

<sup>477</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 703.471/RN, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Segunda Turma, julgado em 25/10/2005, DJ 21/11/2005, p. 195.

injunção, assim como (iv) as prestações positivas que estejam especificadas em legislação ordinária.

Ou seja, mesmo pretensões que estejam além do mínimo existencial são prontamente exigíveis quando devidamente especificadas por norma constitucional ou infraconstitucional. Nestes casos, portanto, se o Estado descumprir a concretização destes direitos fundamentais sociais em sentido estrito (por ação ou omissão), estará a descumprir também deveres autônomos de proteção, promoção ou respeito; e se desta falha ocorrer o comprometimento do fim jurídico de proteção de tais direitos e este fim estiver conexo à dignidade, configura-se a responsabilidade civil do Estado ou das concessionárias por dano moral coletivo.

Exemplo desta hipótese é o caso já citado (Capítulo 1), em que a 2ª Turma do STJ, por meio do julgamento do Recurso Especial n.º 1.057.274/RS, condenou à reparação por dano moral coletivo uma concessionária do serviço de transporte público que condicionava a utilização do benefício do acesso gratuito de idosos ao transporte coletivo (passe livre) ao prévio cadastramento, apesar do Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/2003) exigir expressamente apenas a apresentação de documento de identidade.

Assim, apesar do direito dos idosos maiores de 65 anos à gratuidade do transporte coletivo urbano (previsto no art. 230, §2º, CF) ser um direito social não incluído no mínimo existencial<sup>478</sup>, trata-se de uma pretensão jusfundamental não só prontamente exigível, pois já especificada tanto no dispositivo constitucional como já devidamente regulamentada pelo Estatuto do idoso, mas também passível de reparação por dano moral quando da falha de sua prestação.

Por fim, ainda quanto à teorização de Daniel Hachem sobre o grau de exigibilidade das pretensões, e ainda quanto à função prestacional fática, (iv) nas hipóteses em que não há conteúdo constitucional mínimo, nem regulamentação infraconstitucional, é necessário o mandado de injunção. Ou seja, há casos que o Poder Judiciário não pode tomar decisões políticas, pois sua definição é prioritariamente do legislativo e do administrador.

Nestes casos, conforme já ressaltado, após a decisão do mandado de injunção, demarca-se um prazo para a supressão da lacuna (da inatividade normativa) que “se descumprido, abrirá ensejo para a responsabilização do órgão omissor”. Ou seja, apenas “após o prazo determinado, o Estado deverá responder civilmente pelos danos causados em decorrência da sua omissão”.<sup>479</sup>

---

<sup>478</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva...* Op. Cit., p. 154.

<sup>479</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *A construção de...* Op. Cit., p. 153.

Assim, também nestas hipóteses é cabível a reparação do dano moral coletivo pelo Estado acaso seja lesionado interesse transindividual conexo à dignidade, mas apenas depois de transcorrido respectivo prazo do mandado de injunção.

Por conseguinte, apesar da oscilação da jurisprudência, desta análise do dano moral coletivo causado por violação dos direitos sociais, conclui-se que: (i) haverá responsabilidade civil se estiverem presentes os quatro requisitos do dano moral coletivo (formal, material, quantitativo e qualitativo), e se a atividade ou omissão estatal do Estado não for antijurídica, o requisito da especialidade também é necessário; (ii) se tratar-se do Estado ou de concessionárias, por se submeterem ao regime jurídico administrativo, a responsabilidade por este dano será objetiva, conforme a teoria do risco administrativo ou integral, a depender do caso, pelo que, em algumas situações, as excludentes do nexo causal ou da imputação não são suficientes para afastar esta responsabilidade; (iii) via de regra, não é aplicável a reserva do possível como excludente da responsabilidade do Estado; por fim, (iv) esses raciocínios, aliados à teoria dos direitos fundamentais, implicam que o Estado se responsabiliza objetivamente quando se omite ou falha no atendimento de seus deveres fundamentais, independentemente de ter criado ou não a situação da qual decorre o dano.

## 2.2. INSTRUMENTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO CAUSADO PELO ESTADO

Analizada a questão das dúvidas e problemáticas sobre o conceito de dano moral coletivo e as incertezas sobre este, especialmente quando se trata de reparação pelo Estado, resta agora observar questões processuais substanciais, como quais são as ações processuais aptas a veicular a referida pretensão e quais são as formas e as funções desta reparação, com análise da correspondente destinação da indenização.

### 2.2.1. Mecanismos processuais e materiais de tutela contra o dano moral coletivo: os fundos de direitos coletivos e difusos e as formas não pecuniárias de reparação, compensação e remoção do dano

Conforme já tratado no Capítulo 1, em termos de Direito positivo, há instrumentos processuais suficientes para permitir a tutela adequada que vise à reparação dos interesses

metaindividuais e individuais de massa, inclusive referentes às demandas ressarcitórias do dano moral.<sup>480</sup>

A postulação de reparação do dano moral coletivo vem sendo aceita pela doutrina e pela jurisprudência tanto por ação civil pública quanto por ação popular, e, mais recentemente, também por ações de improbidade administrativa, esta última analisada no Capítulo 3.<sup>481</sup>

Quanto à ação popular, esta é uma demanda ressarcitória prevista no art. 5º, LXXIII da CF, em decorrência de lesões à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, sendo que, para Elton e Thaís Venturi, com base no art. 11 da Lei n.º 4717/1965<sup>482</sup>, a condenação em danos morais coletivos por este instrumento sequer necessita de pedido expreso do autor.<sup>483</sup>

Na ação civil pública, por sua vez, além de pedidos ressarcitórios por dano moral coletivo referente a interesse metaindividual de qualquer natureza que tenha sido lesionado (art. 1º, IV da LACP), cabe veicular quaisquer espécies de pretensões, sejam elas inibitórias, reintegratórias ou de adimplemento; podendo ainda a ação ser acionada apenas contra um ilícito, sendo desnecessário o elemento dano.<sup>484</sup>

Há situações, entretanto, como visto no tópico anterior, em que a reparação do dano depende primeiramente da declaração da inconstitucionalidade de lei<sup>485</sup>, ou mesmo da declaração da omissão normativa pelo Estado para fins de constituir o ente estatal em mora. Para tanto, serão necessários, primeiramente, a interposição do mandado de injunção ou da ação direta de inconstitucionalidade, com a ressalva apenas de que, quando da inatividade normativa, se existir prazo certo para a edição da lei em enunciado constitucional, o nexo depende exclusivamente do descumprimento.<sup>486</sup>

---

<sup>480</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 53.

<sup>481</sup> VENTURI, Elton; VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. O dano moral em suas dimensões coletiva e acidentalmente coletiva. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba –SP: Editora Foco, 2018, p. 397-421.

<sup>482</sup> Lei n.º 4717/1965: “Art. 11. A sentença, que julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa”.

<sup>483</sup> VENTURI, Elton; VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. O dano moral... *Op. Cit.*, p. 397-421.

<sup>484</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória*... *Op. Cit.*, p. 137-183.

<sup>485</sup> Como exemplo tem-se a previsão do art. 7º, IV da CF que dispõe que o salário mínimo tem de ser fixado por lei em valores que sejam capazes de atender as necessidades vitais básicas, sendo que acaso a lei que trate do assunto seja inconstitucional, a responsabilidade civil indenizatória dependerá primeiramente de uma constituição do Estado em mora via declaração da inconstitucionalidade da lei.

<sup>486</sup> FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado... *Op. Cit.*, p. 208-224; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Omissões na Atividade Regulatória... *Op. Cit.*, p. 260.

Isso porque há muito foi consolidado o entendimento de que não é viável o controle principal de constitucionalidade de leis pela ação civil pública, uma vez que a Constituição traz instrumento específico para tal pleito. O pedido da ação civil pública é a proteção do bem da vida tutelado pela CF, CDC ou LACP que pode, contudo, ter como causa de pedir a inconstitucionalidade de lei.<sup>487</sup> Ou seja, é válida a decretação da inconstitucionalidade por esta via tão somente por caráter accidental e desde que esta seja a causa de pedir, mas não o objeto da ação.<sup>488</sup>

Mas, para além da responsabilidade civil por danos gerados pela inatividade normativa – ante a ausência, por exemplo, de regulamentação dos direitos sociais, ou por inconstitucionalidade de norma –, há casos em que o Estado não presta eficazmente os serviços públicos, ou não cria políticas públicas que concretizem referidos direitos coletivos. Nestes casos, será cabível a interposição da ação civil pública para reparação do dano moral coletivo.

E conforme salienta Marçal Justen Filho, a reparação buscada nestes casos de dano moral, ainda que em face do Estado, tem função tanto reparatória quanto punitiva.<sup>489</sup>

Quanto à função reparatória da responsabilidade civil, tem-se que a reparação é gênero enquanto a indenização e a compensação são espécies, ainda que o termo indenização seja usado indistintamente no ordenamento jurídico. “Indenização”, que provém do latim *indene*, conduz à ideia de algo deve ser recomposto ao seu estado originário. A compensação, por sua vez, busca o reequilíbrio social não pela restauração do bem violado ao seu estado anterior, mas sim por meio de alguma satisfação que possa contrabalançar o mal causado, como o pagamento de valores pecuniários.<sup>490</sup>

Neste contexto, quanto à função reparatória do dano são possíveis, portanto, duas formas de ressarcimento: (i) a reparação natural e específica ou (ii) a compensação, que pode ser, por exemplo, pecuniária por valor equivalente ao da lesão.

Quando se tratam de danos patrimoniais, tanto a reparação específica quanto a compensação pelo equivalente da perda sofrida se demonstram perfeitamente viáveis, mas não é o que ocorre no âmbito dos danos extrapatrimoniais – em que tanto restabelecer a

---

<sup>487</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei... Op. Cit.*, p. 193.

<sup>488</sup> Neste sentido: “É possível, em ação civil pública, a decretação de inconstitucionalidade de normas, desde que esteja colocada como causa de pedir, e não no objeto da ação”. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1172073/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 20/03/2012, DJe 28/03/2012.

<sup>489</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 244.

<sup>490</sup> VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *A construção da responsabilidade civil preventiva... Op. Cit.*, p. 20-53.

situação anterior ao dano é matéria bastante complexa quanto é praticamente impossível dispor sobre uma compensação pelo equivalente.<sup>491</sup>

Isso porque o ressarcimento *in natura* implica, em regra, um fazer que consista em “eliminar o estrago provocado pelo fato danoso”. A reparação natural deverá proporcionar um resultado igual ao da situação que existiria caso o dano não tivesse acontecido, pelo que não basta apenas o restabelecimento da situação anterior ao dano, mas é preciso que se estabeleça uma situação idêntica à que existiria se o dano não tivesse sido praticado. Daí que, como exemplifica Talamini, um corte indevido de árvores culmina não apenas no plantio de árvores semelhantes às cortadas, pois isso não ressarcirá a totalidade do dano sofrido pela sociedade com a privação na fruição do meio ambiente, ou pela futura privação pertencente a todos. Neste caso, será necessário, portanto, cumular o ressarcimento natural com a compensação, que poderá ser em pecúnia.<sup>492</sup>

Por outro lado, às vezes é possível, quando se trata de bens extrapatrimoniais, que a reparação seja realizada por uma situação mais perto do equivalente, como se o dano não tivesse ocorrido – ainda que não seja uma reparação *in natura*, nem uma compensação pecuniária. Exemplificando, tem-se, no caso de lesão à honra, a compensação com a publicação pelo ofensor de uma retificação, ou mesmo com a publicação da própria sentença. Ainda que a retificação transmitida não atinja todos aqueles que eventualmente tiveram ciência do fato danoso, e que não elimine o mal-estar da vítima, ela colabora para a reparação do dano moral.<sup>493</sup>

É o que ocorreu, também, quando da ofensa a religiões de origem africana praticada por uma rede de televisão, em que a condenação na ação civil pública não se deu por uma reparação *in natura* nem por compensação pecuniária, mas com a determinação de que fossem exibidos quatro programas sobre referidas religiões com conteúdo informativos e culturais para esclarecer aspectos sobre estas.<sup>494</sup>

A tutela adequada ao dano extrapatrimonial será, portanto, aquela que efetivamente reparar o dano ou se aproximar desta reparação, compensando-a, ou seja, que for pensada na perspectiva do direito material em concreto. Por isso, a reparação ou compensação pela forma específica é sempre preferível a compensação pecuniária, pois visa afastar e remover

---

<sup>491</sup> VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Idem, ibidem*.

<sup>492</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. e atual São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 310-340.

<sup>493</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual... Op. Cit.*, p. 310-340.

<sup>494</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível n.º 0034549-11.2004.4.03.6100, 6ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, Julgado em 06/04/2018, D.E. Publicado em 11/04/2018.



integralmente o dano real ou concreto, e reconstituir o estado de coisas anterior à lesão, nos termos do art. 84 do CDC<sup>495</sup> e arts. 3º<sup>496</sup> e 11<sup>497</sup> da LACP.<sup>498</sup>

E é sob a perspectiva do direito material que se dirão quais meios de execução realmente são idôneos, ou seja, se o dano moral poderá ser reparado naturalmente, apenas ser compensado de alguma forma específica (ou em dinheiro), ou, ainda, se necessitará da cumulação de uma reparação natural com uma compensatória.<sup>499</sup>

Neste sentido, é importante salientar ainda que a conjunção “ou” do art. 3º da LACP (que dispõe que “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”) não significa que é necessário escolher apenas uma espécie de tutela, e, em muitos casos, as prestações devidas serão multifacetadas e exigirão, portanto, uma cumulação de pedidos. Mesmo na ação civil pública, é possível a cumulação destes pedidos, nos termos do art. 327 do CPC, desde que esta não implique tumulto processual ou prejuízo da eficiência da prestação jurisdicional.<sup>500</sup>

Referida lógica se harmoniza com o princípio da *restitutio in integrum*, que consiste na ideia da plena restituição dos prejuízos suportados pelas vítimas, cuja concepção não é recente e foi preconizada pelo Direito romano, sendo muito conhecida no Direito Ambiental.<sup>501</sup>

Também é importante que, no caso de danos coletivos, o legitimado não pode simplesmente optar entre o ressarcimento na forma específica ou a compensação em dinheiro, uma vez que este não é o titular daquele direito, mas sim a coletividade a que faz jus dele,

---

<sup>495</sup> Código de Defesa do Consumidor: “Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

<sup>496</sup> Lei da Ação Civil Pública: “Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

<sup>497</sup> Lei da Ação Civil Pública: “Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”.

<sup>498</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual... Op. Cit.*, p. 310-340; MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei... Op. Cit.*, p. 449.

<sup>499</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual... Op. Cit.*, p. 310-340.

<sup>500</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei... Op. Cit.*, p. 193.

<sup>501</sup> VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *A construção da responsabilidade... Op. Cit.*, p. 20-53.

conforme previsão legal (art. 84, §1º do CDC<sup>502</sup>), preferencialmente ao ressarcimento na forma específica.<sup>503</sup>

Por conseguinte, quando se fala em dano moral coletivo resultado da lesão a direitos sociais, fica ainda mais clara a necessidade de uma reparação consistente na “tutela específica” ou, no mínimo, “na obtenção do resultado prático correspondente” antes da mera condenação em pecúnia. Isso porque os direitos sociais têm caráter instrumental na concretização e proteção da dignidade da pessoa humana, pelo que sua efetivação envolverá preferencialmente a garantia *in natura* do bem ou serviço apontado na CF. O contrário disso apontaria para uma presunção de inefetividade dos direitos fundamentais ou de contrariedade à proteção da dignidade, o que não se coaduna com a previsão do art. 5, §1º da CF, além de significar a mercantilização de tais pretensões jusfundamentais.<sup>504</sup>

A reparação *in natura* é fundamental porque a tutela nestes casos não busca apenas calcular o montante de danos ou formular um meio de parar com o ato danoso, mas sim remover a condição que ameaça valores constitucionais.<sup>505</sup>

Assim, para obter a reparação *in natura* destes direitos coletivos, é necessária a imposição de medidas inibitórias obrigatórias e proibitivas, ou mesmo de obrigações de fazer, o que elimina o risco de que a condenação em uma verba não seja revertida para o fim que se pretende.<sup>506</sup>

No âmbito da tutela jurisdicional, esta reparação *in natura* é preconizada mediante a conjugação de técnicas processuais de natureza mandamental e executiva *lato sensu*<sup>507</sup>, autorizadas pelo art. 536 do Código de Processo Civil, que acabam por implementar deveres de fazer ou de não fazer sob pena de aplicação de medidas coercitivas ou indutivas.

A determinação de reparação natural específica, contudo, embora preferencial, às vezes implica certa complexidade. Nos casos citados no item anterior, por exemplo, não se tem maiores problemas com a determinação de obrigações de fazer ou não fazer referente à

---

<sup>502</sup> Código de Defesa do Consumidor: “Art. 84. §1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”.

<sup>503</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual... Op. Cit.*, p. 310-340.

<sup>504</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. Mercantilização dos direitos fundamentais e potencial regressivo das decisões judiciais. In: *V Congresso Brasileiro de Direito Processual*, 2014, Salvador. Constituição, processo e cidadania. Brasília: Gomes & Oliveira Livraria & Editora, 2014. p. 265-306.

<sup>505</sup> HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Sentenças Estruturantes: Necessidade de Accountability e Possibilidades do Constitucionalismo Democrático*. In: *Simpósio Brasileiro de Processo Civil*, 2017, Curitiba. Anais do Simpósio, Curitiba-PR, 2017.

<sup>506</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Collective Tort Litigation and Due Process of Law: the Brazilian Experience. *International Journal of Procedural Law*, v. 4/2014/01, p. 42-61, 2014.

<sup>506</sup> CUNHA, Alcides A. Munhoz. *Evolução das ações... Op. Cit.*, p. 224-235.

<sup>507</sup> VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *A construção da responsabilidade... Op. Cit.*, p.86

concessão de benefício de acesso gratuito de idosos no transporte coletivo (passe livre) sem que se exija prévio cadastro, ou que a concessionária da prestação do serviço de energia elétrica se abstenha de realizar cortes no fornecimento dos usuários inadimplentes por débito pretérito. Entretanto, a execução da tutela específica, que consiste em determinar que o Estado implante aterro sanitário e desative o “lixão”, apresenta maiores desafios na execução. Seria de difícil cumprimento, também, decisão que determinasse a correção na política pública da prevenção da disseminação da dengue acaso esta fosse tida como ineficiente.

Nestes casos mais complexos, a primeira discussão que se faz é quanto ao limite da interferência judicial nos demais Poderes, especialmente na condução dos serviços e políticas públicas. Quanto a esta questão, é importante destacar que não existem apenas duas opções radicais: a colonização total da política pelo Direito ou uma completa ausência de controle jurídico.<sup>508</sup>

Nestes casos mais complexos, enfim, é preciso cautela, pois, se a ausência de controle levaria à inefetividade dos direitos fundamentais, por outro lado, não se trata de tão somente defender a efetividade destes e esquecer que, além desta, deve-se ter também certo cuidado com a discricionariedade política.

Por esta razão, no caso da omissão estatal em face de determinação constitucional ou legal (v.g., a ausência da construção do aterro sanitário), o Judiciário poderá dizer para o Estado agir, determinando uma obrigação de fazer. Mas como e por quais meios – isso ainda deve ficar dentro da discricionariedade estatal.<sup>509</sup>

Diferente é quando não há omissão do Estado, mas o serviço público existente não é adequado, ou a política pública executada é ineficiente (v.g, no caso da política pública de combate à dengue), necessitando de correção na sua condução. Nestes casos, a cautela do Judiciário deve ser ainda maior, dado o princípio democrático. Para haver interferência judicial, é preciso que esteja presente forte margem de certeza, e não mera opinião contrária ou insatisfeita com a escolha administrativa. Igualmente, se é um serviço ou uma política ainda em processo de implementação, o fato de não ter atingido toda a população desejada também não quer dizer necessariamente que haja algum vício.<sup>510</sup>

---

<sup>508</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101-132.

<sup>509</sup> VALLE, Vanice Regina Lório do. *Políticas públicas... Op. Cit.*, p. 101-182.

<sup>510</sup> VALLE, Vanice Regina Lório do. *Idem, ibidem*.

E mesmo ultrapassada esta questão de possibilidade de interferência judicial em casos excepcionais, sendo determinada esta reparação natural via ação civil pública, a execução desta decisão mantém-se com diversos complicadores, pois pode haver diversos bloqueios, inclusive políticos, para o cumprimento da decisão, os quais o Direito e uma sentença por si só não são capazes de dirimir.

Em razão destas problemáticas e para evitar determinações de cumprimento impossível, o art. 22 da LINDB dispõe expressamente que, na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo.

Neste sentido, Vanice Valle ressalta que a jurisdição poderia ser mais dialógica e estrutural, ou seja, por meio do convite para que os atores políticos participassem do desenvolvimento da solução. Neste caso, o Judiciário, reconhecendo um papel dialógico, não substituiria o Legislativo ou o Executivo por meio de uma decisão que muitas vezes poderia ser inexecutável, mas teria um papel indutor no desenvolvimento e com uma preocupação – para além da decisão –, de como se dariam as etapas de implementação e de resultados desta.<sup>511</sup>

E a ação civil pública é um instrumento processual que permite a aplicação do princípio da inafastabilidade da jurisdição em casos que se particularizam por necessitarem destes provimentos estruturantes, dúcteis, variáveis no espaço-tempo. Isso porque a ação civil pública não é composta de um procedimento único, mas é um conjunto aberto de ações que pode veicular diversas espécies de pretensões.<sup>512</sup>

Referida ação comporta estes provimentos dialógicos e estruturais que são aqueles mais amplos para darem conta de situações complexas, típicas de relações de massa ou de interesses metaindividuais. Nestes provimentos, é comum haver decisões em cascata, de modo que os problemas sejam resolvidos à medida que apareçam. Ou seja, há primeiro uma decisão que limita e fixa linhas gerais para proteção do direito a ser tutelado, e outras que serão exigidas para solução de questões pontuais até a realização e a implementação da decisão nuclear. E, não raras vezes, tais provimentos em cascata utilizarão técnicas semelhantes à de negociações<sup>513</sup> ou de mediação, daí porque, além de estruturais, podem ser dialógicos.<sup>514</sup>

---

<sup>511</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Idem, ibidem*.

<sup>512</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei... Op. Cit.*, p. 50.

<sup>513</sup> Owen Fiss se posiciona contrariamente a negociações, especialmente para fins de resolução de conflitos metaindividuais, em síntese sob os fundamentos de que referidos acordos não se dão entre pessoas, mas sim

Isso porque as situações complexas, que gravitam em torno de interesses metaindividuais e de massa, impedem decisões únicas para a solução da controvérsia e impõem o “desdobramento do julgamento” em vários momentos. Neste contexto, a colaboração das partes e dos atingidos pela decisão é crucial não só para a satisfação do contraditório, mas também para a construção da providência mais adequada.<sup>515</sup>

Ademais, quanto às medidas estruturantes e consensuais, há previsão expressa nas recentes alterações da LINDB e no novo CPC. A consensualidade é prevista nos arts. 26, 27 e 29 da LINDB, enquanto o art. 21 trata da utilização de medidas estruturantes em face do Poder Público nos processos de maior complexidade. O art. 6º do CPC, por sua vez, dispõe que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.<sup>516</sup>

O processo estrutural é, assim, uma técnica processual idônea para a implementação e efetivação de decisões, judiciais ou extrajudiciais, exaradas em face da Fazenda Pública nos processos de controle, e está preocupada com a efetividade das decisões judiciais.<sup>517</sup>

Destaque-se, ademais, que para fins de que se cumpram tais decisões estruturais ou em cascata, ou mesmo as decisões menos complexas que contenham simples determinações de fazer ou não fazer, há – com o fim de coagir o administrador – tanto sanções criminais como disciplinares e de ordem política; e também de natureza civil e processual (medidas coercitivas ou indutivas), assim como também há a possibilidade de intervenção judicial. Neste sentido, é vedada por lei a intervenção simples com o afastamento de agentes políticos (presidente, governador e prefeito), além de administração da pessoa jurídica de direito público, pois nestes casos a intervenção é específica na forma da previsão constitucional. Há decisão do STJ, contudo, que afirma que não é cabível a intervenção judicial em qualquer instância de órgão público.<sup>518</sup>

---

entre grupos (associações, sindicatos, órgãos governamentais, Ministério Público etc.), e que os representantes destes grupos podem ser contrários aos interesses da classe que representam. Ademais, Fiss fundamenta que o objetivo do julgamento não é sanar o problema e encontrar uma solução, mas sim alcançar a justiça por meio da aplicação da lei com respectiva condenação via decisão judicial. Entretanto, é fundamental que nestas negociações a representação da classe seja adequada, bem como que seja respeitado, mesmo que pela via negocial, o princípio da legalidade. In: FISS, Owen. *Against Settlement*, 93, *Yale Law Journal*, may, 1984.

<sup>514</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* Op. Cit., p. 371.

<sup>515</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem, ibidem*.

<sup>516</sup> MENEGAT, Fernando. Processo Estrutural nos litígios complexos envolvendo a Administração Pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 396, 2018. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-menegat/a-novissima-lei-n-13655-2018-e-o-processo-estrutural-nos-litigios-complexos-envolvendo-a-administracao-publica>>. Acesso em: 24 set. 2018.

<sup>517</sup> MENEGAT, Fernando. *Processo Estrutural...* Op. Cit..

<sup>518</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* Op. Cit., p. 347.

Mas ainda é preciso notar que, por vezes, a reparação *in natura* não será suficiente ou mesmo possível. Nestes casos, em geral, a condenação é feita cumulativamente, considerando também o pagamento em pecúnia para fins de compensação do dano moral coletivo. Ou seja, quando a remoção do dano não é suficiente para a reparação integral, cumula-se na condenação alguma espécie de compensação.

Quanto à condenação em pecúnia, tratando-se da Fazenda Pública ou de empresas estatais prestadoras de serviço público, submetem-se a execução por precatório.<sup>519</sup> Após o trâmite do precatório, os recursos são revertidos ao FDD, nos termos do art. 13 da LACP. O depósito no FDD não se trata de ressarcimento específico, mas a verba deve ser utilizada, ainda assim, para a recomposição de bens semelhantes ao lesado, ou mesmo na prevenção de agressões aos direitos do porte do violado por meio de incentivo em programas de prevenção, conforme a previsão legal.<sup>520</sup>

A inspiração do art. 13 da LACP, que determina a remessa de valores para um fundo, vem da *fluid recovery* estadunidense, não obstante as duas figuras serem bem distintas. A *fluid recovery* estadunidense é jurisdicional e destinada especificamente para benefício da classe atingida, enquanto o FDD brasileiro não possui esta natureza e é gerido pelo Poder Executivo, devendo ser aplicado na medida do possível, nos bens lesionados<sup>521</sup>, estando tanto sua gerência quanto seus recursos dissociados de qualquer ação coletiva.<sup>522</sup>

Ou seja, a escolha operada no sistema jurídico estadunidense foi pela discricionariedade do Judiciário na destinação deste montante pecuniário, enquanto a opção feita pelo legislador brasileiro foi pela destinação dos recursos a um fundo administrativo que deve ser utilizado de acordo com a discricionariedade do Executivo.<sup>523</sup>

Além das verbas resultantes das condenações em ação civil pública, o FDD também é destinatário das multas coercitivas impostas no bojo das ACPs, das multas por infrações administrativas de natureza consumeristas aplicadas em âmbito federal (art. 57 do CDC), além de outras fontes, conforme previsões da Lei n.º 9008/1995 e Decreto n.º 1306/1994.<sup>524</sup>

No que se refere à liberação dos recursos pelo fundo, esta geralmente se dá mediante a celebração de convênios ou contratos de repasse com órgãos públicos e entidades civis sem

---

<sup>519</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual... Op. Cit.*, p. 340.

<sup>520</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 310-340.

<sup>521</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei... Op. Cit.*, p. 498-505.

<sup>522</sup> HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Execuções judiciais pecuniárias... Op. Cit.*, p. 90-100.

<sup>523</sup> HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Idem*, p. 100-137.

<sup>524</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei... Op. Cit.*, p. 496.

fins lucrativos, seja a nível federal, estadual ou municipal, conforme Portaria Interministerial nº 507, de 24 de novembro de 2011, do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.<sup>525</sup>

Ademais, existem ainda outros fundos, como o Fundo Nacional do Meio Ambiente (Lei n.º 7797/1989) e o Fundo Nacional da Saúde (Lei n.º 8080/990 e Decreto 3964/2001), não sendo raros os pedidos em ACPs para que os valores indenizatórios sejam revertidos a esses em específico. O Fundo do Idoso e o Fundo Nacional de Saúde recebem toda a inversão orçamentária que se pretende aplicar nas áreas correspondentes, pelo que os valores depositados em tais contas serão utilizados pelo Estado para realizar todas as tarefas que lhe são incumbidas pela Constituição.<sup>526</sup>

No estado do Paraná, especificamente, há o Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (FEID), criado pela Lei Estadual n.º 11.978/1998, posteriormente alterado pela Lei Estadual n.º 12.945/2000 para Fundo Estadual do Meio Ambiente (FEMA). O Fundo é regulamentado pelo Decreto n.º 4.620/2000 e ligado à Secretaria de Estado da Segurança, da Justiça e da Cidadania (SESJ) do Estado do Paraná. Referido fundo possui funcionamento semelhante ao do FDD, adotando os mesmos procedimentos na escolha dos projetos e na prestação de contas.<sup>527</sup>

Na prática, contudo, “os recursos geridos por esses fundos tem sido mal aplicados e com pouquíssimos reflexos para a proteção dos interesses coletivos ou de massa”. Examinado os convênios firmados no período de 2013 a 2015, percebe-se que os valores têm sido utilizados para atividades educacionais e projetos de aprimoramento de bens atrelados a direitos difusos e coletivos, mas sem que haja uma correlação próxima entre a origem dos valores arrecadados e a destinação dada a essas quantias, conforme determina o art. 13 da LACP.<sup>528</sup>

Isso ocorre porque, como visto, a aplicação dos valores depende da iniciativa da sociedade e dos projetos apresentados por esta. Logo, para que o art. 13 da LACP fosse devidamente cumprido, “seria necessário alterar o modo de gestão do fundo, de maneira que o conselho gestor adotasse postura proativa em relação à destinação das verbas, atuando de

---

<sup>525</sup> HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Execuções judiciais pecuniárias... Op. Cit.*, p. 90-100.

<sup>526</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei... Op. Cit.*, p. 498-505.

<sup>527</sup> HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Execuções judiciais pecuniárias... Op. Cit.*, p. 100-137.

<sup>528</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva... Op. Cit.*, p. 246-249. No mesmo sentido: STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental... Op. Cit.*, p. 191-192.

modo a privilegiar a tutela de direitos”.<sup>529</sup> O ideal, portanto, seria atrelar, na medida do possível, os valores do fundo a projetos correlatos a áreas e locais que sofreram os danos geradores das condenações e/ou multas para fins de que estes valores servissem sua função reparatória e compensatória.<sup>530</sup>

Ademais, para Elton e Thaís Venturi, além dos “duvidosos critérios de seleção dos projetos para receber parques investimentos autorizados”, a remessa ao fundo é inefetiva também em decorrência do contingenciamento orçamentário anual<sup>531</sup> imposto pela Administração Pública. Isso porque os valores arrecadados ao FDD são sujeitos à lei orçamentária, uma vez que este é vinculado ao Ministério da Justiça, o que terminou por subverter a natureza jurídica de fundo reparador e social, inviabilizando a reparação adequada dos bens difusos.<sup>532</sup>

No ano de 2016, por exemplo, dos R\$ 775 milhões que chegaram ao fundo, apenas 2,2 milhões foram aplicados em projetos, ou seja, apenas 0,3% do importe total, enquanto o remanescente virou superávit primário da União.

Por esta razão, em 2017 foi interposta uma ação civil pública postulando o não contingenciamento das verbas do FDD pela União Federal (ação n.º 5008138-68.2017.4.03.6105 em tramite na Subseção Judiciária Federal de Campinas/SP). Em decisão proferida em 17/07/2018, foi concedida tutela de urgência com fim de que a União “passe a apresentar, na proposta de Lei Orçamentária anual, disposição no sentido de destinar a integralidade dos recursos do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) aos fins a que foram arrecadados, quais sejam, a reparação de direitos transindividuais lesados, na forma das normas de regência”, cuja decisão já se aplica para a proposta orçamentária do exercício de 2019.

---

<sup>529</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei... Op. Cit.*, p. 498-505.

<sup>530</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Idem, ibidem*.

<sup>531</sup> Reportagem do CONJUR apurou que o FDD recebeu R\$ 1,9 bilhão entre 2010 e 2017, mas menos de 3% disso foram aplicados nos fins determinados em lei, enquanto o remanescente foi destinado aos cofres da União e virou superávit primário, isto é, o resultado de todas as receitas do governo antes do pagamento da dívida pública. In: VASCONCELLOS, Marcos de. Governo usa bilhões do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos para inflar o caixa. *Revista Consultor Jurídico - Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-31/governo-usa-dinheiro-fundo-direitos-difusos-caixa>>. Acesso em: 13 set. 2018.

<sup>532</sup> VENTURI, Elton; VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. O dano moral... *Op. Cit.*, p. 397-421.



Há, ademais, quem destaque que o uso de tais valores para os bens indivisíveis, especialmente se referentes a tarefas de incumbência da Administração Pública, privilegia a própria Administração quando foi esta quem cometeu o ilícito e lesionou o bem jurídico.<sup>533</sup>

De fato, a questão mais complicada quando o réu é o próprio Estado, conforme analisado na presente pesquisa. Neste sentido, Moreira, Bagatin, Arenhart e Ferraro exemplificam o caso do Município condenado em ação civil pública (ACP) a instalar unidades básicas de saúde, sob pena de multa. Há aqui uma relação paradoxal: retira-se o dinheiro do Fundo Municipal de Saúde para pagar a multa que será revertida para o próprio Fundo Municipal de Saúde. O poder coercitivo da multa é nulo, assim como será o da compensação em pecúnia, pois a hipótese é idêntica. Os autores salientam, contudo, que não são contrários à destinação desses recursos (multa e indenização) aos fundos ou a projetos conduzidos pelo Estado, mas que esta lógica de funcionamento e orçamento deve ser considerada quando formulado o pedido, e também quando da condenação.<sup>534</sup>

Ou seja, quando da condenação e execução, é preciso considerar tais questões orçamentárias para fins de que a condenação em compensação pelo dano moral coletivo não seja inócua e ineficaz, tendo como equivalentes a origem e o destino da verba. Enfim, é preciso verificar se a técnica processual será capaz de atender o direito material; o que, infelizmente não é feito muitas vezes quando dos julgamentos das ACPs. Disso resulta que a função reparatória ou compensatória do dano moral coletivo em caso de condenação do Estado pode acabar por não ser observada e não atingir seu fim.

Neste contexto, considerando dentre os casos acima citados, aquele referente à enchente em que diversos munícipes ficaram desabrigados, a verba a título de compensação do dano moral coletivo será paga por uma autarquia federal (DNOCS) após todo o procedimento de precatório e será remetida ao FDD. Mas, se utilizada como superávit da União ou mesmo em projeto sequer vinculado àquele Município, não cumprirá seu fim reparatório. A princípio, portanto, parece que, de fato, não há observância de função reparatória que deve ter a compensação pecuniária do dano moral coletivo.

Por estas razões, Elton e Thaís Venturi sustentam que o art. 13 da LACP deve ser aplicado em último caso, ou seja, que os valores arrecadados em uma ação civil pública só

---

<sup>533</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei... Op. Cit.*, p. 505.

<sup>534</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Idem, ibidem*.

devem ser remetidos aos fundos quando for impossível a utilização destes recursos em programas judiciais ou extrajudiciais indicados pelo próprio Juízo.<sup>535</sup>

Esta solução, contudo, é polêmica, pois a previsão do art. 13 da LACP é expressa quanto ao destino da verba pecuniária para tais fundos. Ou seja, a escolha do legislador foi clara de que cabe ao Administrador, e não ao Judiciário, tendo em vista o princípio democrático ou em razão da própria expertise funcional daquele, tomar decisões acerca do destino destes valores.

Ademais, o Judiciário é uma instância imperfeita para a alocação dos recursos residuais de uma ação coletiva, especialmente se consideradas as suas capacidades institucionais para lidar com esta incumbência, uma vez que referida aplicação de valores envolve não apenas o magistrado, mas também a própria estrutura desta instância, com seus limitados recursos tecnológicos e humanos, bem como o escasso tempo para uma escolha adequada de aplicação, fiscalização e publicização dos atos que esta atuação envolveria.<sup>536</sup>

Por outro lado, em que pese a previsão do art. 13 da LACP, também não é desejável reduzir um instituto à sua mera definição legal, especialmente quando possui um potencial muito além do enunciado. Isso porque a compensação com fito de obter um resultado prático correspondente se trata também de uma forma de tutela específica, e, portanto, esta tutela tem preferência sobre a tutela meramente pecuniária, indo ao encontro da previsão do art. 5º, XXXV da CF, que prevê a necessidade de efetividade e adequação da tutela jurisdicional, além do art. 497 do CPC e do art. 84, §1º da LACP, que enunciam a preferência pela tutela específica sobre a genérica.<sup>537</sup>

Assim, se por um lado é importante refletir sobre meios para tornar mais eficientes os fundos já existentes e com previsão legal no ordenamento jurídico – e são a atual destinação da verba de ações coletivas –, também é importante pensar sobre as possibilidades de uma compensação do dano moral coletivo ser operada pelo próprio Judiciário sem que seja por mera condenação pecuniária remetida ao fundo.<sup>538</sup>

Logo, mesmo o Judiciário tendo inúmeras limitações institucionais, é uma opção também válida como instância da compensação do dano moral coletivo, sem que isso signifique ignorar o comando legal do art. 13 da LACP. E isso ocorre porque tanto a reparação *in natura* quanto a compensação podem ser efetivadas por tutelas específicas, e não somente por condenações meramente pecuniárias.

---

<sup>535</sup> VENTURI, Elton; VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. O dano moral... *Op. Cit.*, p. 397-421.

<sup>536</sup> HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Execuções judiciais pecuniárias...* *Op. Cit.*, p. 100-137.

<sup>537</sup> VENTURI, Elton; VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. O dano moral... *Op. Cit.*, p. 397-421.

<sup>538</sup> HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Execuções judiciais pecuniárias...* *Op. Cit.*, p. 100-137.

É também por este entendimento que Elton e Thaís Venturi fundamentam que a forma de reparação deverá ser diferenciada para casos em que o dano seja difuso ou coletivo. Se difuso, ou seja, se os sujeitos são indetermináveis, os juristas fundamentam que os recursos devem ser utilizados da melhor forma possível em proveito social geral, e, de preferência, que se respeitem as características do bem indivisível lesado. Entretanto, se o dano é coletivo *stricto sensu* e, portanto, se os sujeitos lesados são determinados, a compensação deve ser de forma distinta e em proveito deste grupo social afetado.<sup>539</sup>

De fato, concorda-se com os juristas na medida em que o dano moral coletivo tem esta função reparatória e compensatória, pelo que importam tanto a origem quanto o destino da verba indenizatória para fins de efetivo ressarcimento. O destino da verba só não importaria se a função desta responsabilidade civil fosse meramente punitiva, pois neste caso o proveito para o bem jurídico especificamente lesado, ou mesmo para as vítimas, não seria relevante.

Claro que isso não significa que haverá um rateio entre os eventuais interessados, titulares indiretos da compensação a ser promovida, mas trata-se de fazer com que tais valores sejam utilizados em programas que estimulem a prevenção ou viabilizem a recuperação de novos danos de igual natureza de forma que revertam em benefício do grupo lesado como um todo. Em outras palavras, deve-se buscar uma satisfação compensatória à comunidade e ao interesse lesado, considerando a peculiaridade de cada caso.<sup>540</sup>

Entretanto, é importante salientar que, em que pesem estas observações, o único parâmetro legal estabelecido é aquele disposto no artigo 7º do Decreto n.º 1.306/1994, que prevê que a aplicação dos recursos (do FDD) devem estar, na medida do possível, relacionados tão somente com a natureza da infração ou do dano causado.<sup>541</sup>

Não se considera, contudo, que com esta previsão haja vedação legal para que a função reparatória seja considerada quando da condenação para fins de trazer ressarcimento e compensação efetivos para os que foram diretamente lesados. Especialmente quando se trata de lesão gerada pelo Estado, em que há a necessidade de observância também do princípio distributivo que enuncia a necessidade da repartição dos encargos públicos.

Ademais, o parágrafo único do artigo 7º do Decreto n.º 1.306/1994 dispõe justamente que é prioritária a aplicação dos recursos na reparação específica do dano que tenha sido

---

<sup>539</sup> VENTURI, Elton; VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. O dano moral... *Op. Cit.*, p. 397-421.

<sup>540</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral coletivo...* *Op. Cit.*, p. 203.

<sup>541</sup> HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Execuções judiciais pecuniárias...* *Op. Cit.*, p. 100-137.

causado, o que enseja a conclusão de que o ressarcimento dos lesados é um dos objetivos da indenização.

Enfim, o que se conclui da análise da função reparatória do dano moral coletivo é que (i) os procedimentos processuais e materiais de tutela específica tanto na reparação como na compensação tem preferência em face da compensação pecuniária, especialmente quando se está a tratar de direitos sociais; e que (ii) referida função reparatória do dano moral coletivo deve ser considerada quando da condenação do Estado para fins de que a indenização atenda seu fim ressarcitório, não tendo assim, por exemplo, a origem e o destino de eventual verba como equivalentes.

#### 2.2.2. A função reparatória da indenização quanto aos danos individuais homogêneos e as dificuldades da aplicação da função punitiva na responsabilidade civil estatal

Outra questão, ainda quanto à função ressarcitória, está na discussão acerca da cumulação de pedidos relacionados a interesses difusos e coletivos com pedidos referentes a interesses individuais, quiçá homogêneos. Isso porque quando está a se tratar de direitos sociais para além do interesse coletivo lesionado, haverá quase sempre interesses individuais também envolvidos, tendo em vista a possível simultaneidade da titularidade destes.

Neste sentido, é possível que uma ação civil pública cumule a pretensão de reparação de dano moral coletivo com a reparação dos danos individuais em face do Estado?

Primeiramente, é importante destacar que esta cumulação é possível na medida em que o dano moral coletivo não corresponde à soma dos prejuízos individualmente sofridos, mas é um dano unitário em si mesmo considerado. Ou seja, uma pretensão se refere à reparação de um interesse difuso ou coletivo lesionado, enquanto a outra, aos interesses individuais<sup>542</sup>, sendo possível referida cumulação em razão do princípio da reparação integral, cuja lógica há muito já está consolidada no Direito Ambiental, e também pode ser aplicada aos direitos sociais.

Neste sentido, nos termos do art. 81 do CDC é aceitável que uma mesma demanda trate de toda e qualquer pretensão, ainda que, cumulativamente, seja referente a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Ou seja, admite-se que a ação civil pública cumule a discussão acerca de tais interesses, mesmo que em face do Estado.<sup>543</sup>

---

<sup>542</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral coletivo...* Op. Cit., p. 199.

<sup>543</sup> VENTURI, Elton; VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. O dano moral... Op. Cit., p. 397-421.

Nesta possibilidade de cumulação, reside uma diferença crucial entre o modelo estadunidense de reparação fluída com o modelo brasileiro, pois naquele a vítima lesionada fica impossibilitada de obter a reparação via ação individual quando há esta solicitação por uma ação coletiva, desde que não manifeste sua recusa em participar (*opt out*), enquanto no modelo brasileiro ainda lhe é permitido manejar a ação individual.<sup>544</sup>

No modelo estadunidense, esta coletivização na ação que engloba toda a classe tem um enorme potencial para impedir transgressões no desenvolvimento institucional e empresarial, buscando o equilíbrio de poder entre os cidadãos e seus governos, empregados e empregadores, e consumidores, fabricantes e serviços fornecedores.

Por outro lado, estas mesmas ações coletivas, dado seu potencial, podem transferir a responsabilidade pela reforma social e pela política pública para o Poder Judiciário em vez dos legisladores eleitos, o que também pode produzir resultados nefastos para uma democracia constitucional.

Mas se no Brasil é permitido o pedido cumulado na ação civil pública de reparação dos interesses coletivos com interesses individuais sem que se configure *bis in idem*, e também é possível a interposição de ações individuais, como ficam estas ações pessoais em face da ação coletiva, especialmente considerando o potencial desta? Aquelas são suspensas? Ou se beneficiam do trâmite desta?

A tutela ressarcitória coletiva de direitos individuais homogêneos é, via de regra, considerada aquela prevista no art. 95 do CDC, que dispõe que, em caso de procedência do pedido, será necessário um processo bifásico: a condenação genérica seguida de liquidações individuais para exame do prejuízo pessoal. Primeiramente, é preciso salientar que aqui também (na liquidação individual) não há limitação de condenação em pecúnia, sendo cabível tanto para fins de reparação quanto para fins de compensação uma tutela na forma específica. Ou seja, mesmo na liquidação individual não se trata de restringir a condenação apenas à tutela pecuniária. Para Marinoni, neste processo bifásico a sentença se limita a declarar o dever de indenizar, sem tratar da forma do ressarcimento – o que ficará ao critério do lesado na chamada fase de liquidação.<sup>545</sup>

Arenhart, contudo, destaca que há situações tão semelhantes – com danos isomórficos – que, embora os prejuízos individuais sejam personalizados, podem ser resolvidos de pronto, sem necessitar de processo bifásico, dispensando a liquidação

---

<sup>544</sup> LONGUI, João Victor Rozzati; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. O dano moral coletivo e a reparação fluída (fluid recovery). In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba –SP: Editora Foco, 2018, p. 367-395.

<sup>545</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual... Op. Cit.*, p. 340.

individual. E o próprio art. 91 do CDC dispensa a liquidação de execução individual nestes casos. Ademais, para o jurista há casos em que as ações individuais devem ser suspensas e não se deve permitir sequer a interposição de novas ações para impedir a multiplicação de demandas, sem que isso signifique negativa de acesso à justiça. Isso porque, para o jurista, o texto constitucional, quando trata do acesso à Justiça, em nenhum momento dispõe que o indivíduo tem o direito de pleitear a tutela de seus direitos direta e pessoalmente. A Constituição Federal garante apenas a tutela dos interesses – sem fazer a referência expressa de que esta tutela será a individual.<sup>546</sup>

Logo, a noção de que o processo bifásico é o único a resolver os litígios individuais, ou que as ações individuais são sempre cabíveis, desconsidera a riqueza de cada caso concreto e a necessidade de se fornecer uma solução correta e adequada para estes interesses.

Arenhart fundamenta, portanto, que, em danos de pequena monta ou em danos isomórficos, não faz sentido manter a liberdade individual, o que é no mínimo ingenuidade pura. Salienta também que a tutela coletiva de direitos individuais se utilizando de duas fases nem sempre é adequada, especialmente por não interferir na aglutinação de diversas demandas. Para o jurista, o Poder Judiciário insistindo nas ações e liquidações individuais é quem mais contribui para o tratamento caótico da tutela coletiva brasileira, para além do desconhecimento da população, do despreparo de muitos advogados e das manobras daqueles que se beneficiam da desarticulação desta tutela, que são os litigantes habituais (*repeat players*).<sup>547</sup>

Neste contexto, é preciso salientar que a proteção coletiva de direitos individuais satisfaz três principais funções: (i) facilitar o acesso ao Poder Judiciário de questões que, de outra forma, não poderiam ser judicializadas; (ii) dar tratamento uniforme a situações que poderiam ser enquadradas na mesma hipótese normativa e, o mais importante, (iii) buscar racionalizar a distribuição da prestação jurisdicional. Logo, o processo bifásico nem sempre atenderá a estas principais funções, visto que, em algumas situações, impõe-se a aglutinação. Esta coletivização pode parecer a menos nobre sob o ponto de vista do jurisdicionado, que não terá “seu dia na corte”. Entretanto, sob o ponto de vista de que a atividade jurisdicional é também um serviço público e que deve observância aos princípios da eficiência, é mais relevante.<sup>548</sup>

---

<sup>546</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* Op. Cit., p. 57 – 65.

<sup>547</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem*, p. 82.

<sup>548</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem*, p. 131- 140.

A coletivização é, assim, uma garantia constitucional alinhada aos princípios da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da CF), da isonomia, do acesso à Justiça e da eficiência na prestação de serviços públicos (art. 37 da CF).<sup>549</sup>

Venturi se posiciona de forma semelhante, fundamentando ainda que uma ação acidentalmente coletiva de direitos individuais em que os danos já possam ser identificados e quantificados, já deve determinar as indenizações mínimas ou médias para cada vítima independente de liquidações individuais, conforme já vem ocorrendo na Justiça do Trabalho.<sup>550</sup>

Isso porque, para o jurista, o dano moral coletivo não pode ser compreendido à luz do garantismo do devido processo legal, mas sim à luz do devido processo social, que é uma releitura daquele princípio, mediante a transposição do individual para o coletivo e da superação (ou ao menos da relativização) dos paradigmas que forjaram o processo civil do Estado Liberal.<sup>551</sup>

A questão da coletivização, contudo, é polêmica, pois há doutrinadores que entendem pela necessidade da respectiva liquidação com a oportunização de se discutirem ou se desafiarem as questões individuais, sob pena de se violar o direito a uma defesa adequada e o respectivo contraditório, uma vez que o réu seria privado da oportunidade de contestar os pedidos individuais de indenização, já que a execução ocorreria automaticamente.<sup>552</sup>

Contudo, “é inadequado explicar o processo coletivo e os direitos fundamentais materiais e processuais por ele tutelados com lastro na lógica dos antigos processos individualistas referentes a direitos patrimoniais indisponíveis”. Enfim, a perspectiva individualista-liberal precisa conviver com a compreensão metaindividual-social dos direitos.<sup>553</sup> Ou seja, é preciso compreender que nem todos os casos vão precisar de uma liquidação individual, sem que isso signifique supressão de garantias constitucionais.

Exemplo deste tipo de racionalização se deu quando do julgamento do Recurso Especial 1.291.213/SC pelo Superior Tribunal de Justiça. Neste caso, uma empresa de telefonia ofereceu um serviço telefônico sem alertar seus consumidores sobre as limitações de seu uso. A Corte determinou sem qualquer processo bifásico que: a) referente aos danos individuais pecuniários, fossem realizados os devidos ressarcimentos dos valores

---

<sup>549</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem*, p. 297-345.

<sup>550</sup> VENTURI, Elton; VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. O dano moral... *Op. Cit.*, p. 397-421.

<sup>551</sup> VENTURI, Elton; VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. *Idem, ibidem*.

<sup>552</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Collective Tort Litigation...* *Op. Cit.*, p. 42-61.

<sup>553</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei...* *Op. Cit.*, p. 45.

efetivamente cobrados para chamadas de longa distância e telefones celulares; b) a reparação por danos morais em massa por meio de um desconto de 5% em cada conta, já descontado o valor do retorno dos participantes do referido plano, por um período igual à duração dos encargos indevidos em cada caso; e c) para fins de reparação por danos morais difusos a remessa de valores ao FDD.<sup>554</sup>

O importante nestas condenações em procedimento único, coletivizadas, é que o réu tenha ampla possibilidade de questionar medidas que julgue excessiva.<sup>555</sup> Processos dialógicos e com participação, inclusive dos lesados, neste contexto, também podem ser úteis em afastar preocupações com a infração dos princípios da ampla defesa e do contraditório, ou mesmo de representação adequada dos múltiplos interesses envolvidos.

Quanto à lesão por autarquia estatal, por sua vez, no Agravo em Recurso Especial nº 1.528.223, a escolha foi pelo processo bifásico, sendo que o STJ manteve a condenação da autarquia federal (DNOCS) em condenação genérica por danos individuais homogêneos sofridos por munícipes a serem liquidados individualmente. Relembra-se que, neste caso, uma autarquia federal deverá indenizar cerca de 135 famílias de um Município que ficaram desabrigadas em decorrência de uma enchente.<sup>556</sup>

Questiona-se, contudo, a efetividade deste procedimento bifásico, especialmente considerando a urgência das famílias, e se um procedimento instrumental e dialógico não teria sido mais resoluto.

Veja-se que, quando a discussão se refere à telefonia, a situação se resolverá com muito mais agilidade do que no segundo caso, em que se discute a moradia dos lesados. Ou seja, se no primeiro se justifica a busca de um procedimento efetivo, esta preocupação deveria ter sido ainda mais presente no segundo, pois o ataque à dignidade (dada a natureza do direito lesado) é mais impactante.

De qualquer forma, quando se trata de danos individuais em massa aos usuários dos serviços públicos, é necessário que, mesmo com a coletivização e a busca de um processo célere e efetivo, não sejam considerados apenas critérios utilitaristas, mas seja considerado, antes disso, o regime jurídico especial de cada serviço quando da condenação. Como exemplo, no Brasil, há leis que disciplinam a prestação de serviços de energia elétrica (Lei nº 9.247/96) e de telecomunicações (Lei nº 9.472/97).

---

<sup>554</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1291213/SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 30/08/2012, DJe 25/09/2012.

<sup>555</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Collective Tort Litigation...* Op. Cit. p. 42-61.

<sup>556</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1528223/RN, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 08/02/2018, DJe 14/02/2018.



Ademais, mesmo os defensores da coletivização das ações salientam que esta encontra limites, como quando há impossibilidade de preservação da representatividade adequada dos sujeitos ausentes; em razão da reserva do direito de autoexclusão, salvo quando este direito for incompatível com a ideia de aglutinação ou com o interesse público e por fim quando houver desproporção entre a aglutinação realizada e resultado obtido.<sup>557</sup>

Assim, quando incabível a coletivização das demandas, para além da ação coletiva com pretensões acerca de interesses individuais, haverá ainda estas ações individuais, as quais podem ser suspensas a requerimento do autor no prazo de 30 dias da ciência da interposição da ação aglutinadora.

Esta ação civil pública importa para estas ações individuais que estejam suspensas, uma vez que o tratamento à coisa julgada desta é emprestado àquelas (art. 104 do CDC e art. 506 do CPC).<sup>558</sup>

Nestas hipóteses, contudo, em que a discussão da reparação por danos individuais não se dá cumulativamente na ação coletiva via processo bifásico, mas corre por via própria, para fins de afastar inconstitucionalidade, o réu não pode ser privado da oportunidade de contestar tais pedidos individuais de indenização, ou seja, a execução nestes casos não poderá ocorrer automaticamente a partir da sentença de procedência da ação coletiva.<sup>559</sup>

Quanto à legitimidade para propor referidas ações ressarcitórias, incluindo pedido de danos individuais homogêneos, há diversas especulações hermenêuticas equivocadas que resultam na afirmação de que o Ministério Público não seria legitimado para propor a demanda referente a direitos individuais homogêneos patrimoniais e disponíveis, ou que a ação proposta por órgão de classe que trate de direitos coletivos necessitaria de autorização assemblear, com identificação do rol dos associados. Referidos fundamentos aniquilam a promoção viável da tutela jurisdicional coletiva e já tem recebido forte crítica, inclusive de inconstitucionalidade.<sup>560</sup>

É assim legitimado para propor a ação popular qualquer cidadão, e a ação civil pública, tanto o Ministério Público como a Defensoria ou associações<sup>561</sup> – além de alguns entes estatais e da Administração Pública, resguardadas a análise de interesse processual em

---

<sup>557</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* Op. Cit., 2014, p. 209-248.

<sup>558</sup> VENTURI, Elton; VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. O dano moral.. Op. Cit., p. 397-421. No mesmo sentido: ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* Op. Cit., p. 252.

<sup>559</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Collective Tort Litigation...* Op. Cit., p. 42-61.

<sup>560</sup> VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo...* Op. Cit., p. 86

<sup>561</sup> Sobre o tema: VENTURI, Elton. O problema da representação processual das associações civis na tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos segundo a doutrina de Alcides Alberto Munhoz da Cunha e a atual orientação do STF. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 255, p. 277-290, mai. 2016.

cada caso concreto e também de legislações específicas, além do necessário resguardo de que a representatividade seja de fato adequada.

Ademais e conforme já exposto, tem-se aceito que a responsabilidade civil, além desta função reparatória, que engloba também referidos direitos individuais, tem uma função punitiva, especialmente quando está a se tratar de danos extrapatrimoniais coletivos que dificilmente podem ser reparados ou compensados.

Assim, se considerada a convivência das funções, um bom norte é oferecido por Ada Pellegrini Grinover, que afirma que, quanto mais eficaz a reparação natural do dano, menos importante será a punição. Quanto menos eficaz a reparação, maior relevância terá a função punitiva.<sup>562</sup>

Quanto ao dano moral coletivo, a doutrina majoritária, seguida pela jurisprudência, entende que a responsabilidade civil deve ter, além da função reparatória, esta função punitivo-pedagógica.<sup>563</sup>

Este caráter punitivo é compreendido quando a verba pecuniária é desvinculada da ideia de mero ressarcimento e passa a objetivar também a punição do infrator, considerando para tanto alguns parâmetros sancionatórios, como, por exemplo, aqueles previstos no art. 59 do Código Penal (v.g., o grau de culpa, as circunstâncias agravantes e os antecedentes do agente ofensor, além da reprovação social). Referida noção se origina, como já salientado, nos chamados *punitive damages* estadunidenses, que na verdade possuem a finalidade principal de impedir que o ofensor tenha benefícios, em uma perspectiva econômica, com a lesão a direitos. Logo, se a punição considerar tais parâmetros punitivos, mas mantiver o benefício econômico, não se confundirá com os *punitive damages*.<sup>564</sup>

Para Elton e Thaís Venturi, o art. 27 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB, incluído pela Lei n.º 13.655/2018) “consagra definitivamente o caráter punitivo-pedagógico da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro” quando dispõe sobre a necessidade de compensação por benefícios indevidos que eventualmente tenha tido o autor da lesão.<sup>565</sup>

Entretanto, referido enunciado tão somente proíbe o enriquecimento injusto do causador do dano, o que já era vedado no ordenamento jurídico, e não traz qualquer previsão

---

<sup>562</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Responsabilidade por dano não patrimonial a interesse difuso (Dano Moral Coletivo). *Revista da EMERJ*, v.3, n.9. Rio de Janeiro: 2000. Disponível em <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista09/Revista09\\_21.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista09/Revista09_21.pdf)>.

<sup>563</sup> VENTURI, Elton; VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. O dano moral... *Op. Cit.*, p. 397-421. No mesmo sentido: ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...* *Op. Cit.*, p. 252.

<sup>564</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual...* *Op. Cit.*, p. 310-340.

<sup>565</sup> VENTURI, Elton; VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. O dano moral... *Op. Cit.*, p. 397-421.

de aplicação de parâmetros eminentemente sancionatórios, como aqueles constantes no art. 59 do Código Penal.

Por outro lado, há certa semelhança deste dispositivo penal e, portanto, de tais parâmetros punitivos com a previsão do art. 22, §2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB, incluído pela Lei n.º 13.655/2018), quando dispõe que, na aplicação de sanções, serão consideradas a gravidade da infração cometida e as circunstâncias agravantes ou antecedentes do agente, o que poderá implicar interpretações doutrinárias e jurisprudenciais de que a obrigação de indenizar por parte do agente público – se vista como sanção no sentido *lato sensu* – deverá ter também um caráter punitivo.

Mas, ainda que cabível a função punitiva da responsabilidade civil, especialmente quando se trata de direitos metaindividuais lesados, quando a responsabilidade civil é do Estado (e não do agente público), como falar em benefício econômico deste se nem todos os entes estatais têm finalidade lucrativa, especialmente aqueles que buscam, por meio de sua atividade, instrumentalizar os direitos sociais via serviços ou políticas públicas? Como tratar da punição do Estado baseado no grau de culpa quando a responsabilidade é objetiva? Como dispor sobre punição de acordo com a reprovação social se quem pagará eventual indenização-sanção será a própria sociedade que reprovar esta conduta lesiva?

Quando se fazem tais questionamentos e se analisa esta função da responsabilidade civil à luz do regime jurídico administrativo, conclui-se que, aqui também – assim como na função reparadora –, infelizmente não se encontram resultados práticos.

Como já salientado, o Direito Administrativo adota a teoria objetiva como regra para a responsabilização estatal, portanto é difícil discutir a punição nesta seara, já que a culpa não é sequer um requisito da obrigação de reparar.<sup>566</sup> O fundamento da responsabilização objetiva é a socialização do lucro ou do dano, pelo que sua função é mais reparatória e compensatória, do que punitiva.<sup>567</sup>

Ademais, mesmo que se considere uma função dissuasória, quem arca com os custos da indenização é o próprio Estado por meio de precatórios, salvas as raras hipóteses em que são movidas ações de regresso contra os servidores que causaram o ato. Ou seja, os gestores da Administração não sofrerão diretamente os impactos da atuação estatal repreendida judicialmente, pois quando da expedição dos valores por precatório, possivelmente já se esteja em outra gestão.<sup>568</sup>

---

<sup>566</sup> FARIA, Luzardo. A ineficiência do atual modelo... *Op. Cit.*, p. 117-136.

<sup>567</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental...* *Op. Cit.*, p. 138-158.

<sup>568</sup> FARIA, Luzardo. A ineficiência do atual modelo... *Op. Cit.*, 2017.

E ao contrário do que se sucede nas relações privadas, o Estado não pode se evadir ou minimizar todos os perigos de danos provenientes de suas atividades. Ou seja, ao Estado não é dado optar por não correr certos riscos que poderão gerar danos.<sup>569</sup>

Logo, a indenização fixada em pecúnia para fins de reparação por dano moral coletivo dificilmente chegará a punir ou a dissuadir o Estado a não cometer novos danos.

Poderia se fundamentar, contudo, que em algumas situações, as estatais, ou mesmo concessionárias de atividades públicas, exercem atividade econômica em sentido estrito e com fim lucrativo, e são orientadas por princípios informantes da exploração empresarial, da livre iniciativa e da livre concorrência. Dessa forma, nestes casos a função punitiva seria aplicável e, portanto, eficaz.

De fato, as empresas públicas e sociedades de economia mista que exercem atividade econômica, embora se submetam também a algumas normas do regime jurídico administrativo, devem obedecer, via de regra, às normas de Direito Privado. Estas estatais, aliás, terão processos executórios idênticos aos dos demais devedores particulares, e sequer se submeterão, portanto, ao regime de precatório<sup>570</sup> – o que eventualmente justificaria a efetividade da condenação pecuniária com fins dissuasórios.

Contudo, a utilidade da função punitiva já tem sido discutida mesmo quando se trata de relações privadas, como em uma relação de consumo. Tem-se questionado, neste sentido, a efetividade da indenização enquanto punição e dissuasão do cometimento de ilícitos, pois as corporações repassam os custos dos riscos que possuem com ações indenizatórias para os consumidores. Alguns ramos, inclusive, já são até segurados contra tais intempéries, e repassam os custos destes seguros para o consumidor. Ou seja, a função reparatória para o grupo lesado parece ter, mesmo na contemporaneidade, maior aplicabilidade que a da punição – e mesmo em casos que não envolva entes estatais.

Assim, embora não se refute a aplicação da função punitiva, especialmente para fins de dissuasão de cometimento de atos antijurídicos, é preciso, quando da condenação do ofensor, que sejam consideradas tais problemáticas para que o objetivo sancionatório, se aplicável no caso concreto, seja adequado e eficaz, uma vez que a mera condenação pecuniária não parece estar alcançando tal desiderato.

Percebe-se, neste sentido, o enredamento do tema “dano moral coletivo” causado pelo Estado, tema ainda pouco analisado pela doutrina, mas cada vez mais enfrentado pela

---

<sup>569</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo... Op. Cit.*, p. 1019-1022; p. 1029-1034.

<sup>570</sup> PETHECHUST, Eloi Rodrigues Barreto; BLANCHET, Luiz Alberto. O regime de execução das empresas estatais: entre serviço público e exploração de atividade econômica. *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional (Impresso)*, v. 59, 2015, p. 113-131.

jurisprudência. Esta discussão envolve não só os direitos sociais, incluindo complexas questões sobre o direito à segurança pública<sup>571</sup>, mas também a análise da perturbação da qualidade de vida associada a congestionamentos ou à poluição atmosférica difusa<sup>572</sup>. São problemas complexos, que lidam não só com delicados conflitos de direitos fundamentais, questões orçamentárias, judicialização da política, mas também com a questão de como dar cumprimento à função de reparação e de punição desta responsabilidade. Espera-se que a presente reflexão, que mais traz problemáticas do que aponta soluções, contribua para a discussão.

Por ora, o que se conclui é que o sistema de responsabilização civil do Estado baseado unicamente na tutela ressarcitória pecuniária, especialmente com valores remetidos aos fundos para o caso dos danos coletivos – ou se exigindo um procedimento bifásico referente aos danos individuais homogêneos –, mostra-se ineficiente, e não é capaz de proteger satisfatoriamente todos esses bens jurídicos, notadamente aqueles resguardados pelos direitos sociais.<sup>573</sup>

Assim, mesmo sendo cabível a responsabilidade civil do Estado pela reparação do dano moral coletivo, a forma como se dá o processo desta reparação tende a ser, via de regra, totalmente ineficiente aos seus propósitos, o que exige uma reflexão acerca dos instrumentos processuais e materiais utilizados para fins de que esta responsabilização seja de fato reparadora e dissuasória.

---

<sup>571</sup> NETTO, Felipe Braga. Estado e Violência Urbana: danos individuais e danos coletivos? In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Editora Foco, 2018, p. 293-324.

<sup>572</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Dano moral coletivo e lesão à ordem urbanística. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba –SP: Editora Foco, 2018, p. 169-188.

<sup>573</sup> FARIA, Luzardo. A ineficiência do atual modelo... *Op. Cit.*, p. 117-136.

### **CAPÍTULO 3 - O ESTADO COMO VÍTIMA DE DANOS INSTITUCIONAIS E OS DANOS MORAIS COLETIVOS**

Neste terceiro capítulo, indaga-se sobre outra questão relacionada com a responsabilidade civil de titularidade coletiva e o Direito Administrativo, qual seja se é possível, entre outras situações, que, por exemplo, casos de improbidade administrativa sejam passíveis de condenação ao dever de indenizar do agente público ou particulares ímprobos por dano moral coletivo.

Neste contexto, será necessário analisar, primeiramente, se é possível que a vítima deste dano seja o próprio Estado enquanto pessoa jurídica – ou apenas a coletividade (item 3.1) –, para em seguida se analisarem especificamente os casos de improbidade administrativa (item 3.2).

#### **3.1. A PESSOA JURÍDICA ESTATAL COMO VÍTIMA DO DANO MORAL**

A jurisprudência vem largamente reconhecendo o uso das ações constitucionais como o mandado de segurança e o mandado de injunção por pessoas jurídicas, inclusive as de direito público<sup>574</sup>, havendo pouca discussão sobre a atuação destas personalidades em juízo. Contudo, é controverso se esta possibilidade de atuação advém da titularidade de direitos fundamentais ou de meras garantias e instrumentos processuais previstos em legislação ordinária.

A discussão não é exclusivamente acadêmica ou de exagerado preciosismo, uma vez que a fundamentação adotada – aceitação ou negativa de referida titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas de direito público – apresenta reflexos para a Administração Pública.

Neste debate acerca da titularidade dos direitos fundamentais, surgem indagações para além da temática processual, como, por exemplo, se um município, uma universidade ou um conselho profissional pode sofrer um dano extrapatrimonial em razão de atos de improbidade, com respectiva condenação do agente público ao pagamento de indenização para a pessoa jurídica de direito público. Se a resposta for afirmativa, tais personalidades detêm então, direitos fundamentais. Referida discussão tem sido cada vez mais comum nas

---

<sup>574</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição...* Op. Cit., p. 632.

ações judiciais referentes à improbidade administrativa, e apresenta evidentes reflexos para o Poder Público. São estas, portanto, as questões abordadas neste item.

### 3.1.1. A titularidade de direitos fundamentais pela pessoa jurídica de direito público

Conforme já salientado no Capítulo 2, o titular de direito fundamental é o sujeito de direito, ou seja, aquele que figura como sujeito ativo da relação jurídica, enquanto o destinatário de direito é a pessoa física, jurídica ou despersonalizada sobre a qual o titular pode exigir o respeito, a proteção ou a promoção deste direito.<sup>575</sup>

Neste contexto, Ingo Wolfgang Sarlet trata do princípio da universalidade das normas fundamentais, segundo o qual todos os indivíduos, por serem pessoas, são titulares destas normas.<sup>576</sup>

Quanto à titularidade dos direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas, José Sampaio afirma que existem três posições: a tese negativa ou refutacionista e a tese positiva ou afirmativa que se subdivide em positiva radical e positiva moderada.<sup>577</sup>

A primeira (a negativa) é aquela que nega esta titularidade sob o fundamento de que os direitos fundamentais resultam historicamente da dignidade da pessoa humana e também de garantias jurídicas de liberdades individuais, dado que a pessoa jurídica só poderia ser titular de direitos patrimoniais. Já a tese positiva, que reconhece esta titularidade, defende que, como a pessoa jurídica é também sujeito de direito, não haveria razão para diferenciá-la da pessoa natural.<sup>578</sup>

Ademais, a tese positiva radical fundamenta que a pessoa jurídica pode titularizar todo e qualquer direito com devidas adaptações. A tese moderada, por sua vez, fundamenta que a pessoa jurídica titularizará apenas os direitos que lhe forem compatíveis<sup>579</sup>, ou seja, restam excluídos os direitos que necessitam, para a sua fruição, da condição humana – como o direito à integridade física ou à vida –, e restam mantidos os que não necessitam, como o direito à reputação, à propriedade, etc.<sup>580</sup>

---

<sup>575</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos...* Op. Cit., p. 208-209.

<sup>576</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos...* Op. Cit., p. 210.

<sup>577</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição...* Op. Cit., p. 595-626.

<sup>578</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Idem*, p. 623-626.

<sup>579</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Idem*, p. 626-627.

<sup>580</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 531.

Para a teoria positiva, portanto, a pessoa jurídica pode ser titular de direitos fundamentais quando houver conveniência para tanto, destacando-se, ainda, a função social que detêm as empresas, e a necessidade de terem segurança e proteção.<sup>581</sup>

A constituição portuguesa<sup>582</sup> e a alemã<sup>583</sup> adotam a teoria positiva moderada e preveem expressamente a titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas, desde que compatíveis com sua natureza.<sup>584</sup>

Porém, a grande maioria dos sistemas constitucionais é omissa quanto à questão, mas tem-se geralmente acolhido a titularidade da pessoa jurídica em decorrência de que “o fenômeno associativo é indissociável da realidade social, sendo uma forma de maximizar as necessidades individuais”. Pelo que “a pessoa jurídica, assim, enquanto instrumento a serviço da pessoa humana, deve ter os contornos de sua proteção definidos em harmonia com a sua essência e *ratio* existencial, o ser humano”.<sup>585</sup>

No Brasil a questão apresenta divergências em decorrência desta ausência de previsão expressa no enunciado da norma constitucional. Da expressão “todos” constante do art. 5º da Constituição Federal há quem fundamente que se incluem as pessoas jurídicas.<sup>586</sup> Já Sarlet, contudo, afirma que, como não há previsão expressa para a titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas, a questão depende de construção da doutrina e da jurisprudência.<sup>587</sup>

Para Sarlet, no Direito Constitucional brasileiro foi recepcionada a tese positiva moderada, em que as pessoas jurídicas, ao contrário das pessoas naturais, não são titulares de todos os direitos, mas apenas daqueles que lhes são aplicáveis, por serem compatíveis com a sua natureza; inclusive as pessoas jurídicas de direito público.<sup>588</sup>

O jurista ainda cita como exemplos algumas das hipóteses pelas quais as pessoas jurídicas devam ser consideradas como titulares de direitos fundamentais, em razão do próprio enunciado constitucional: art. 5º, XXI (que trata das associações), art. 8º, III (sindicatos), art. 17, §1º e 3º (partidos políticos), art. 170, IX (empresas de pequeno porte), art. 207 (universidades), entre outros. E Sarlet cita outros exemplos específicos para as pessoas

---

<sup>581</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição...* Op. Cit., p. 630-631.

<sup>582</sup> Constituição Portuguesa de 1976, art. 12, 2: “As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”.

<sup>583</sup> *Grundgesetz* alemã de 1949, art. 19, 3: “Os direitos fundamentais, na medida em que sejam compatíveis com sua natureza, também protegem as pessoas jurídicas nacionais”.

<sup>584</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa...* Op. Cit., p. 531.

<sup>585</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Idem, ibidem*.

<sup>586</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição...* Op. Cit., p. 632.

<sup>587</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos...* Op. Cit., p. 222.

<sup>588</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 222-224.



jurídicas de direito público, como os referentes à esfera dos direitos fundamentais de cunho processual: o direito de ser ouvido em juízo, o direito à igualdade de armas e o direito à ampla defesa.<sup>589</sup>

De fato, não parece razoável rejeitar às pessoas jurídicas os reflexos inerentes ao princípio da igualdade ou o direito à resposta; o direito de propriedade; o sigilo de correspondência e a inviolabilidade de domicílio; as garantias do direito adquirido; o ato jurídico perfeito e de coisa julgada; o direito de impetrar mandado de segurança ou de proteção jurisdicional. Há ainda casos de direitos expressamente dirigidos à pessoa jurídica, como a não interferência no funcionamento de associações (art. 5º, XVIII, da CF/88) e o de não serem elas compulsoriamente dissolvidas (art. 5º, XIX, da CF/88). Também é possível fundamentar que uma empresa jornalística, por exemplo, é titular do direito de liberdade de imprensa do mesmo modo que uma igreja é titular dos direitos de religião, inclusive a imunidade tributária sobre “templos de qualquer culto” (art. 150, inc. IV, “b”, da CF/88).<sup>590</sup>

Este é, inclusive, o entendimento do STF, abrangendo também as pessoas jurídicas de direito público. Exemplo interessante sobre o tema provém da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4917/DF<sup>591</sup>, que trata dos *royalties* do petróleo e da constitucionalidade da Lei n.º 12.734/2012, que estabelece uma nova forma de rateio das participações, o que acabou desprestigiando alguns Estados. Em liminar, a Ministra Cármen Lúcia afirmou que os Estados detêm direitos fundamentais em relação aos demais entes, e é papel do Supremo defendê-los e proclamá-los. Assim como este julgado, vários outros casos no STF<sup>592</sup> poderiam ser citados reconhecendo esta titularidade.

---

<sup>589</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem, ibidem*.

<sup>590</sup> FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *O Estado como titular de direitos fundamentais: (im)possibilidade e consequências da atribuição de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 68.

<sup>591</sup> “DECISÃO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSITIVOS DA LEI N. 9.478/1997 E DA LEI N. 12.351/2010 ALTERADOS PELA LEI N. 12.734/2012. MUDANÇAS DAS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE *ROYALTIES* E PARTICIPAÇÕES ESPECIAIS DE ESTADOS E MUNICÍPIOS: ALEGAÇÃO DE DESOBEDIÊNCIA AO ART. 20, § 1º COMBINADO COM A AL. B DO INC. II DO § 2º DO ART. 155 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPUGNAÇÃO RETROAÇÃO DE EFEITOS DA NOVA LEGISLAÇÃO EM INOBSERVÂNCIA A ATOS JURÍDICOS PERFEITOS E AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. PLAUBILIDADE JURÍDICA DEMONSTRADA. EXCEPCIONAL URGÊNCIA CONFIGURADA A IMPOR DEFERIMENTO CAUTELAR AD REFERENDUM DO PLENÁRIO”. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4917/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Quarta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 15/04/2014.

<sup>592</sup> Na ACO 1848 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2014, tem-se decisão que cancela a inscrição do Estado do Maranhão no SIAFI, CADIN e CAUC, com base no art. 5º, incisos LIV e LV, determinando à União e a seus órgãos que não criem mais objeções à celebração de novos convênios ou ao repasse de verbas de convênios já celebrados. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação declaratória de Constitucionalidade por Omissão nº 1848 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2014, processo eletrônico DJE-025, Divulg. 05-02-2015, Public 06-02-2015.

Entretanto, este não é o posicionamento de José Adércio Leite Sampaio, segundo o qual os titulares dos direitos fundamentais são, via de regra, apenas os indivíduos. Para Sampaio, o Poder Público não exerce qualquer atividade privada, mas sim desempenha poderes correspondentes a interesses de uma coletividade, portanto não poderia ser titular de direitos fundamentais.<sup>593</sup>

Sampaio afirma que os “direitos” processuais<sup>594</sup> garantidos a estas personalidades são meros instrumentos assegurados infraconstitucionalmente, mas não são direitos fundamentais. Ou seja, são direitos ou garantias que não detêm fundamentalidade. Para o doutrinador, a titularidade de direitos fundamentais por pessoas de direito público levaria à subversão da própria ideia de direitos fundamentais como institutos de proteção das pessoas em face do Estado e de proteção de sua dignidade humana.<sup>595</sup> Estes são também o entendimento e a fundamentação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferidos no Recurso Especial n.º 1.258.389/PB, da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, que inclusive cita Sampaio.<sup>596</sup>

O Ministro Salomão fundamenta, em seu voto, que o reconhecimento de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público, para além de meros direitos processuais, subverteria a essência desses direitos, que “é o feixe de faculdades e garantias exercitáveis principalmente contra o Estado, sob pena de confusão ou de paradoxo consistente em se ter, na mesma pessoa, idêntica posição jurídica de titular ativo e passivo”.<sup>597</sup>

Contudo, apesar de referida divergência na doutrina, e mesmo entre os Tribunais Superiores, a questão da titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas de direito público é ainda mais complexa e envolve discussões inerentes à Teoria do Estado, à Teoria do Direito, ao Direito Constitucional e ao Direito Administrativo, entre outras

---

Outros julgados: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção n.º 725/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 10.5.2007, publicação em 21.09.2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AC n.º 2588-PB. Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgamento em 07.04.2010, publicação em 11.6.2010.

<sup>593</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição...* Op. Cit., p. 636.

<sup>594</sup> Posição contrária sobre o uso desta expressão é a de Espíndola e Cunha, que afirmam que a nomenclatura “garantias processuais” é fruto do Estado Liberal Clássico, no qual estas eram meras defesas do cidadão contra o Estado. Entretanto, no Estado Contemporâneo, não cabe mais referida nomenclatura, uma vez que se trata de “direitos fundamentais processuais”, mais amplos e complexos e que consubstanciam uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, buscando, enfim, que os direitos reconhecidos sejam de fato protegidos judicialmente. In: ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. O processo, os direitos fundamentais e a transição do estado liberal clássico para o estado contemporâneo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. 3(1): 84-94 janeiro-junho 2011, Unisinos, p. 91-92.

<sup>595</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição...* Op. Cit., p. 640.

<sup>596</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1258389/PB, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 15/04/2014.

<sup>597</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1258389/PB, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 15/04/2014.

disciplinas, como Filosofia e Ciência Política. É impossível discorrer sobre todas estas problemáticas, entretanto busca-se sistematizar a discussão para dispor o porquê de esta titularidade pelas pessoas jurídicas de direito público ser harmônica com o ordenamento jurídico brasileiro, assim como as razões pelas quais esta titularidade não resulta em nenhum paradoxo, nem atribui dignidade humana a entes associativos.

A pessoa jurídica de direito público pode ser titular de direitos fundamentais pelas seguintes razões: (i) referidas pessoas apresentam personalidade jurídica e são sujeitos de direito que travam inúmeras relações jurídicas; (ii) em razão do sistema aberto dos direitos fundamentais que confere fundamentalidade a direitos diversificados, que vão além da teorização da dignidade da pessoa humana, incluindo, assim, direitos que podem ser titularizados por entes públicos; (iii) pelos direitos fundamentais apresentarem engenharia diversa do direito subjetivo público e não possuírem, portanto, um caráter meramente “subjetivo-liberal-individualista”, o que possibilita sua titularidade por tais entes; (iv) em razão da dupla dimensão dos direitos fundamentais; e, por fim, (v) em razão da multifuncionalidade destes direitos.

(i): A investigação que ora se pretende realizar acerca da titularidade dos direitos fundamentais pela pessoa jurídica de direito público necessariamente passa primeiro pelo questionamento sobre quem é o “sujeito de direito” e sobre quem pode ser titular de direitos? Seria a pessoa jurídica de direito público um sujeito de direito?

Obviamente que, ao se falar em pessoa, há um conceito diferenciado desta para a Filosofia e para o Direito. Para o primeiro, faz-se referência ao ser humano, enquanto para o segundo trata-se do sujeito de direito, daquele que a lei assim reconhece como tal.<sup>598</sup>

Contudo, a concepção de personalidade jurídica, mesmo no meio jurídico, causa fascínio e divergência nos estudiosos em todos os ramos – até mesmo no Direito Penal, com as discussões inerentes à responsabilização criminal da pessoa jurídica em decorrência dos danos ambientais.<sup>599</sup>

A questão, portanto, embora avançada, está longe de ser pacificada. Por conseguinte, esta discussão acerca das pessoas jurídicas serem ou não sujeitos de direitos (e de quais direitos) é uma discussão antiga, e que ainda gera polêmica e pode ser sintetizada em alguns sistemas teóricos.

---

<sup>598</sup> COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da. *Dano à imagem da pessoa jurídica de direito público*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 17.

<sup>599</sup> COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da. *Dano à imagem... Op. Cit.*, p. 15.

Uma destas teorias, a teoria da ficção, é atribuída ao jurista alemão Friedrich Carl Von Savigny, o qual defendia que apenas os indivíduos, por serem dotados de consciência e de vontade, podem ser sujeitos de direitos. A teoria de Savigny pretendia justificar a pessoa jurídica por meio de uma ficção. Assim, embora as pessoas jurídicas existam, elas são puramente criações jurídicas – sujeitos artificiais, incluindo o Estado. Enfim, referida teoria desconsidera que a pessoa jurídica apresente realidade própria.<sup>600</sup> No Brasil, esta teoria é similar à que ficou conhecida como teoria da representação, segundo a qual a pessoa jurídica seria restrita a um órgão que tão somente representa as pessoas naturais.<sup>601</sup>

Em oposição, há a tese de Gierke, Zitelmann e Von Tuhr adeptos da teoria da realidade orgânica que no outro extremo visualizam a pessoa jurídica como uma existência real, ontológica e efetiva.<sup>602</sup> Para Otto Von Gierke, por exemplo, a pessoa jurídica realiza seus fins através de seus órgãos, os quais são reais, assim como a pessoa humana.<sup>603</sup>

Segundo a teoria do órgão de Gierke, inclusive o Estado e a sociedade não são formações artificiais, baseando-se, assim, na ideia de organismo para compreender o todo social.<sup>604</sup> Referida teoria também recebeu críticas ao atribuir vontade psicológica a estas associações.<sup>605</sup>

Atualmente, contudo, a teoria que mais adequada é a da realidade jurídica, segundo a qual a personalidade jurídica existe de fato no Direito e é, portanto, um conceito jurídico que terá os seus limites delimitados pelo próprio sistema jurídico. Enfim, por esta teoria, os entes associativos são criados pela vontade dos indivíduos e operam no mundo jurídico, contraindo direitos e obrigações.<sup>606</sup>

Possibilita-se, assim, a visão das pessoas jurídicas como sujeitos de direitos e, portanto, como titulares destes.<sup>607</sup> Mas isso inclui o Estado e as pessoas jurídicas de direito público, já que estas também detêm personalidade jurídica?

Neste ponto, é importante lembrar que as pessoas jurídicas se dividem em pessoas jurídicas de direito público interno e externo e de direito privado. São de direito público interno: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, os Municípios, as autarquias e

---

<sup>600</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 123-124.

<sup>601</sup> FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *O Estado como titular...* Op. Cit., p. 55-57.

<sup>602</sup> COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da. *Dano à imagem...* Op. Cit., p. 22-23.

<sup>603</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral Teoria da Constituição...* Op. Cit., p. 125.

<sup>604</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *A contratualização da função pública Teoria da Constituição...* Op. Cit., p. 107.

<sup>605</sup> FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *O Estado como titular...* Op. Cit., p. 59-60.

<sup>606</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: 1: Teoria Geral do Direito Civil*. 22. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 221-224.

<sup>607</sup> FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *O Estado como titular...* Op. Cit., p. 54.

associações públicas. As pessoas jurídicas de direito público externo são regidas por normas de direito internacional, e as pessoas jurídicas da administração direta e indireta são regulamentadas pelo Decreto-Lei nº 200/1967, Decreto-Lei nº 900/1969 e Lei nº 13.303/2016. Referida legislação reconhece a personalidade jurídica a tais pessoas. Ao adquirirem personalidade recebem proteção normativa, logo, são sujeitos de direitos.<sup>608</sup>

Porém, esta questão – se o Estado (aqui analisado enquanto pessoa jurídica de direito público) é titular de direitos – também não é tão simples, e enfrenta vários dilemas. Como acima salientado, Savigny fundamentava que não há personalidade jurídica para as pessoas jurídicas, incluindo o Estado, e, em sentido contrário, é a posição da teoria do órgão de Gierke.

Neste sentido, aprofundando a questão da personalidade jurídica ao Estado especificamente, salienta-se que, com a superação do absolutismo, foi necessária a distinção entre o soberano e o Estado, razão pela qual surgiram estas teorizações sobre o Estado enquanto pessoa, diante do Direito.<sup>609</sup>

Claro que a ideia de personificação do Estado é mais antiga, inerente à teoria do fisco em que se concebia o Estado como soberano e sem patrimônio, e o Fisco, como capaz de travar relações jurídicas.<sup>610</sup>

Há também as oportunas teorias de Jellinek e Laband, segundo as quais não há razão lógica para se atribuir apenas as pessoas naturais à qualidade de sujeitos de direitos, atribuindo esta qualidade inclusive ao Estado.<sup>611</sup> Laband fundamenta o Estado enquanto sujeito de direito, uma vez que este é capaz de participar das relações jurídicas – e considerando ainda que esta participação é distinta, e não se confunde com a participação e a vontade daqueles que formam esta pretensão própria.<sup>612</sup>

A teoria da impermeabilidade de Laband e Jellinek, porém, dispõe o Estado enquanto pessoa unitária, dentro do qual inexistem relações jurídicas. As relações internas, portanto, estavam fora do Direito. Dessa forma, Jellinek, embora reconheça a personalidade do Estado como apto a travar relações jurídicas com os particulares, só as possibilita nas relações externas ao aparelho estatal – afirmando que é diferente do órgão que só detém competência política e não trava relações jurídicas. Isso porque o entendimento era de que as relações jurídicas necessitavam de pluralidade de vontades, e que dentro do Estado haveria apenas uma

---

<sup>608</sup> COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da. *Dano à imagem...* Op. Cit., p. 36-38.

<sup>609</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *A contratualização da função pública...* Op. Cit., p. 99.

<sup>610</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Idem*, p. 100.

<sup>611</sup> FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *O Estado como titular...* Op. Cit., p. 55.

<sup>612</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral Teoria da Constituição...* Op. Cit., p. 125.

vontade – de uma mesma pessoa. “Sem pluralidade de pessoas e de vontades, não haveria relações jurídicas; não se trataria, conseqüentemente, de âmbito jurídico”.<sup>613</sup>

Esta concepção com raízes no Direito Privado desconsidera o Estado enquanto pessoa coletiva e traz uma concepção liberal de legalidade, na qual se estabelece uma fronteira da atividade administrativa com a sociedade civil. Assim, na estrutura interna do Estado haveria um “espaço livre do Direito” na qual a Administração teria a prerrogativa de criar, modificar e extinguir diversas estruturas.<sup>614</sup>

Luísa Cristina Pinto e Netto ressalta, neste contexto, que a teoria da impermeabilidade constitui importante fundamento teórico para a negativa de existência de verdadeiras relações jurídicas entre agentes públicos e Estado.<sup>615</sup> Porém, é também nesta teorização que se poderia afirmar que não há como se ter relações jurídicas de “Estado x Estado” que pudesse justificar, por exemplo, a titularidade dos direitos fundamentais por um dos entes públicos envolvidos nesta relação, enquanto o outro ente seria o destinatário, isso justamente pela ausência de plúrimas personalidades. Ou seja, não se admitiria uma relação jurídica da União com um Estado, ou do Estado com o Município, ou da União com uma universidade, e assim por diante.

Por conseguinte, com base neste pensamento, poderia se entender que há de fato um paradoxo na titularidade dos direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas de direito público, pois se teria na mesma pessoa o titular e o destinatário do direito fundamental: a pessoa estatal unitária.

Entretanto, esta concepção de Estado se serve ao modelo liberal em que a Administração pública não desempenhava tantas atividades interventivas, as quais passaram a ser exercidas diante do Estado Social. Serve-se num modelo também menos complexo do que o atual, em que se têm múltiplas personalidades jurídicas de direito público.<sup>616</sup>

Neste contexto, atualmente num Estado de Direito, as relações travadas internamente pelo Estado ou entre pessoas jurídicas de direito público são tidas como relações jurídicas em que não pode haver “espaço livre do Direito”. Tudo isso resulta na concepção do Estado como um sujeito de direito, cujas pessoas jurídicas que lhe formam são integrantes do ordenamento jurídico-constitucional e travam inúmeras relações jurídicas, inclusive entre elas. Enfim, para

---

<sup>613</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *A contratualização da função pública... Op. Cit.*, p. 100-102.

<sup>614</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Idem*, p. 102-103.

<sup>615</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Idem*, p. 104.

<sup>616</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Idem, ibidem*.

o estudo por ora pretendido, “pode se conceber o Estado como pessoa jurídica que participa de relações também jurídicas”.<sup>617</sup>

Claro que não se pretende reduzir a ideia de Estado como se este fosse sinônimo de sua personalidade ou de identificação deste com seu aparelho, o que seria uma concepção deveras reducionista do Estado e de sua função.<sup>618</sup> Contudo, não é objeto do estudo a análise do papel do Estado conforme as teorias liberais, marxistas, positivistas ou comunitaristas, ou mesmo às respectivas críticas a estas. Ressalta-se assim que embora não se pretenda reduzir o Estado ao seu conteúdo jurídico, basta aqui encará-lo como pessoa jurídica criada pelo Direito, sabedor de que seu significado e função são mais amplos numa perspectiva interdisciplinar. Enfim, o que se pretende aqui é analisar o Estado enquanto pessoa jurídica para verificação da possibilidade deste, enquanto pessoa, titularizar direitos fundamentais.

Ademais, “para que o princípio do Estado de Direito tenha conteúdo é preciso conceber o Estado como criatura do Direito, a ele submetida da mesma forma que os particulares”. Neste contexto, é importante ainda diferenciar o Estado enquanto sujeito criador do ordenamento jurídico do Estado enquanto sujeito subordinado a este.<sup>619</sup>

O Estado enquanto “criatura da Constituição” está sujeito ao ordenamento jurídico tanto quanto as demais pessoas por ele criadas. Ou seja, “ele não é *a priori* superior às demais pessoas”.<sup>620</sup>

Claro que o Estado detém poderes concedidos pelo próprio Constituinte para fazer frente à sua função, então não se está a dizer que o Estado e, portanto, as pessoas jurídicas de direito público, se igualam às pessoas físicas ou às demais pessoas jurídicas de direito privado. Mas este Estado não detém necessariamente maior poder, mas sim competências – sob o ponto de vista jurídico. Ou seja, quando o Estado ordena unilateralmente, impõe sanções ou mesmo quando faz uso de força, só o fará legitimamente se estiver fundamentado no ordenamento jurídico.<sup>621</sup>

Este raciocínio repudia a concepção “das relações de especial sujeição concebidas como relações a-jurídicas”, uma vez que se repita que tanto o Estado quanto as demais pessoas são subordinadas ao Direito.<sup>622</sup>

---

<sup>617</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Idem*, p. 105, 106 e 115.

<sup>618</sup> Para uma breve análise de tais teorias consultar: GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade...* *Op. Cit.*, p. 79-87.

<sup>619</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *A contratualização da função pública...* *Op. Cit.*, p. 120-121.

<sup>620</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Idem*, p. 115-118 e 120.

<sup>621</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Idem*, p. 121-123.

<sup>622</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Idem*, p. 123.

Para Luísa Cristina Pinto e Netto não há, portanto, como conceber relações de poder entre Estado e pessoa, mas sim relações jurídicas; assim como não há como se verificarem relações desequilibradas ou falar em superioridade estatal. O que há é a subordinação tanto do Estado-pessoa quanto do cidadão ao ordenamento jurídico. Enfim, se há sujeição, esta não se dá de pessoa para pessoa, mas sim há uma subordinação objetiva decorrente do ordenamento. Logo, não é porque o Estado aparece na relação que necessariamente a pessoa física se sujeitará a este.<sup>623</sup>

Esta visão de sujeição não cabe num Estado Social e Democrático de Direito, mas apenas num Estado absolutista.

E nestes casos em que o Estado está no uso de suas competências, os direitos fundamentais aparecem como pertencentes ao indivíduo para limitar tais “poderes-competência” do Poder Público. Ou seja, os direitos fundamentais individuais são, nestas situações, normas negativas de competência em face do uso de tais “poderes-competência” pelo Estado.<sup>624</sup>

Porém, haverá situações em que o Estado não estará na fruição direta destes “poderes-competência”, e é nestas situações e respectivas relações jurídicas que o Estado poderá também se valer de pretensões jusfundamentais.

Por conseguinte, por meio desta breve análise e síntese, é possível aferir que atualmente são sólidos a construção e o fundamento do Estado enquanto uma pessoa jurídica, possuindo assim tanto direitos enquanto deveres, assim como as demais personalidades jurídicas de direito público, as quais travam inúmeras relações jurídicas, inclusive entre si.<sup>625</sup>

Este é o primeiro fundamento para se aceitar a titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas de direito público, pois estas são sujeitos e titulares de direitos, submetidas ao ordenamento jurídico.

Logo, em razão desta concepção contemporânea do Estado enquanto pessoa jurídica e sujeito de direito, não subsiste a fundamentação de Sampaio em refutar a tais personalidades a titularidade dos direitos fundamentais. Como acima salientado, o jurista afirma que o Poder Público, por desempenhar poderes correspondentes a interesses de uma coletividade, não poderia ser titular de direitos fundamentais.<sup>626</sup>

Entretanto, o fato de o Estado ter de observar o interesse público e representar interesses da coletividade não descaracteriza sua concepção como pessoa jurídica própria,

---

<sup>623</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Idem*, p. 123-124.

<sup>624</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos...* Op. Cit., p. 235-253.

<sup>625</sup> FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *O Estado como titular...* Op. Cit., p. 62.

<sup>626</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição...* Op. Cit., p. 636.



muito menos como sujeito de direito que trava inúmeras relações jurídicas, algumas, inclusive, sem nenhuma relação (direta) com os “poderes-competência” que detém do ordenamento. A partir das teorias contemporâneas acerca da pessoa jurídica (teoria da realidade técnica) e das teorias acerca do Estado, não subsiste esta fundamentação, a qual está mais alinhada à teoria da ficção de Savigny ou teoria da representação, cujas teses, como visto, já foram aperfeiçoadas.

Neste sentido, Henrique Herkinhoff também dispõe que é possível distinguir as hipóteses em que os entes estatais defendem direitos próprios de quando atuam na defesa de bens e direitos da coletividade, embora a diferença seja sutil. O jurista exemplifica, por exemplo, quando o Estado brasileiro se utilizou de medidas judiciais<sup>627</sup> em face de uma publicação que considerou ofensiva às mulheres brasileiras. Neste caso, está-se frente a direitos transindividuais, em que o autor da ação atua com legitimidade processual extraordinária. Nestes casos, aliás, tal legitimação poderia ser atribuída a outros entes, inclusive privados.<sup>628</sup>

Situação completamente diversa ocorre quando a pessoa jurídica de direito público é diretamente atingida em seu próprio direito, e normalmente compreende-se aqui também – de forma equivocada – como se fosse um direito transindividual.<sup>629</sup>

Entretanto, é claro que não é apenas a partir desta compreensão contemporânea da pessoa jurídica e do Estado que se resolve o debate sobre a titularidade dos direitos fundamentais, uma vez que se mantém a inquietação se tais direitos ou garantias detêm ou não fundamentalidade.

(ii): É importante destacar que há um sistema de direitos fundamentais na medida em que estes possuem qualidades comuns e distintas dos demais direitos. Referido sistema é aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos, conforme consagra o art. 5, §2º da Constituição Federal, que prevê a possibilidade de direitos fundamentais para além do Título II e também por tratados internacionais.<sup>630</sup>

Mas quais são os critérios para se localizarem, neste catálogo aberto, os direitos fundamentais? Quanto aos direitos que se encontram dentro do catálogo, não há maiores

---

<sup>627</sup> Revista Consultor Jurídico, Conjur, 10 de janeiro de 2009, Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2009-jan-10/agu\\_entra\\_acao\\_revista\\_chama\\_brasileira\\_maquina\\_sexo](http://www.conjur.com.br/2009-jan-10/agu_entra_acao_revista_chama_brasileira_maquina_sexo)>. Acesso em: 02 ago. 2017.

<sup>628</sup> HERKNHOFF, Henrique Geaquinto. *Os direitos de personalidade da pessoa jurídica de direito público*. 2012. Tese (Doutorado). Programa de Pós Graduação em Direito Civil, Universidade de São Paulo, p. 170.

<sup>629</sup> HERKNHOFF, Henrique Geaquinto. *Os direitos de personalidade... Op. Cit.*, p.171-172.

<sup>630</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos... Op. Cit.*, p. 71-72; SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios na filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *A & C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, p. 145-165, abr. 2005.

controvérsias. Porém, quanto aos fora do rol extenso da Constituição, existem fortes divergências sobre quais seriam os critérios para aferir tal fundamentalidade. Normalmente, o argumento utilizado é o da vinculação do direito respectivo com a dignidade da pessoa humana, o que induz ao entendimento equivocado de que as normas fundamentais estariam sempre conectadas com este princípio.<sup>631</sup>

Esta noção de conexão dos direitos fundamentais com a dignidade da pessoa humana vincula automaticamente a noção do Estado como destinatário destas normas e grande inimigo dos direitos de liberdade. Entretanto, esta concepção não é a mais adequada e não corresponde ao sistema jurídico contemporâneo.

Ademais, ao considerar a dignidade da pessoa humana como critério para todos direitos fundamentais, torna-se evidentemente incompatível a atribuição destes direitos às pessoas jurídicas.<sup>632</sup>

Contudo, a fundamentalidade não decorre somente do princípio da dignidade, mas da conexão da norma com o conjunto dos demais direitos e princípios fundamentais. Neste contexto, o art. 1º da Constituição Federal traz consigo outros fundamentos além da dignidade da pessoa humana, como soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além do pluralismo político. E todos estes princípios possuem a mesma hierarquia pela Constituição. Logo, a dignidade da pessoa humana não pode ser considerada a única referência dos direitos constitucionais, devendo esta fundamentalidade ser extraída de todos os demais princípios fundamentais.<sup>633</sup>

Com isso, não se está a diminuir a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, muito menos a defender que o Estado Constitucional de Direito não deva estar centrado na pessoa do administrado em sua dimensão individual e social.<sup>634</sup> Não se nega que o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento é também um valor supremo.<sup>635</sup> O que se está a afirmar, apenas, é que este não é o único valor dos direitos fundamentais. Dessa forma, também não procede a alegação de que as pessoas jurídicas, por não deterem dignidade humana, não seriam titulares destes direitos.

---

<sup>631</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios... *Op. Cit.*, p.15 e 17.

<sup>632</sup> FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *O Estado como titular...* *Op. Cit.*, p. 27.

<sup>633</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios... *Op. Cit.*, p.17-18.

<sup>634</sup> Sobre o tema: DELPIAZZO, Carlos E. *Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho*. *Revista de Investigações Constitucionais/Universidade Federal do Paraná, Núcleo de Investigações Constitucionais*. – v.1, n.3, p. 7-32, set./dez. 2014.

<sup>635</sup> GOMES, Magno Federici. FREITAS, Frederico Oliveira. Conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. *A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 41, p. 181-207, jul./set. 2010, p. 194.

Claro que as normas fundamentais que precisam de uma natureza humana não serão extensíveis à pessoa jurídica, mas, quanto às que lhe foram compatíveis, não há razão lógica para assim não serem consideradas. O caráter atípico dos direitos fundamentais não é suficiente para a exclusão das pessoas jurídicas, embora seja possível que estas sofram maiores restrições na tutela destes.<sup>636</sup>

E referidos direitos são dotados de fundamentalidade formal ou material. A fundamentalidade formal é relacionada com o Direito Constitucional positivo, com sua hierarquia axiológico-normativa superior, enquanto norma positivada pela Constituição, e também com o limite de reforma pelo legislador e a citada aplicabilidade imediata. A material, por sua vez, refere-se às decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade.<sup>637</sup>

(iii): Ademais, as pessoas jurídicas de direito público são titulares de direitos fundamentais, pois estes apresentam engenharia diversa da perspectiva “liberal-subjetivista-individualista”<sup>638</sup> herdada do século XIX, da concepção de direitos fundamentais como direitos subjetivos públicos, ou seja, de que tais direitos servem apenas para impor limites ao poder estatal ou determinar o cumprimento de certa prestação individualmente determinada, em que o Estado seria mero destinatário, jamais titular de tais direitos.

Por esta perspectiva “liberal-subjetivista-individualista”, compreender a possibilidade do Estado como titular de direitos fundamentais conduz à equivocada ideia de que haveria uma menor proteção do indivíduo e um reforço dos instrumentos já existentes para atuação estatal, o que descaracterizaria a natureza jurídica dos direitos fundamentais.<sup>639</sup> Entretanto, esta perspectiva não se adéqua à compreensão contemporânea das normas fundamentais em razão de sua estrutura e seu conteúdo complexos, bem como de sua eficácia irradiante e vinculante.

Neste sentido, cai por terra a tese negativa refutacionista da titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas de direito público, que afirma que esta titularidade levaria à subversão da própria ideia de direitos fundamentais como institutos de proteção das

---

<sup>636</sup> FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *O Estado como titular... Op. Cit.*, p. 76.

<sup>637</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer Pivetta. Políticas públicas e a construção do conteúdo material do direito à saúde: desafio à Administração Pública brasileira. *A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 41, p. 209-230, jul./set. 2010, p. 218.

<sup>638</sup> A expressão “liberal-subjetivista-individualista” é feita por Daniel Wunder Hachem em referência ao Direito Administrativo Clássico. Liberal, pois seu foco inicial era a proteção das liberdades do indivíduo contra as interferências estatais. Subjetivista-individualista porque se concentra no indivíduo e na violação de um direito subjetivo respectivo deste, e não na coletividade. HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva... Op. Cit.*, p. 225.

<sup>639</sup> FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *O Estado como titular... Op. Cit.*, p. 45-47.

peças em face do Estado. Isso porque, como visto, a concepção contemporânea de direitos fundamentais é muito mais ampla que a noção de direito subjetivo público. Rejeita-se, assim, a visão destes direitos como mera face da autonomia individual a ser protegida da atuação do Estado, uma vez que os direitos fundamentais são mais amplos e complexos, bidimensionais (com dimensão subjetiva e objetiva), de múltiplas funções e oponíveis não só ao Estado, mas também aos particulares.

(iv): Ao contrário do direito subjetivo público, os direitos fundamentais ostentam posições bidimensionais – a dimensão subjetiva e a objetiva de valores – que legitimam a ordem jurídico-constitucional do Estado.<sup>640</sup>

É em decorrência desta dimensão objetiva dos direitos fundamentais que se ultrapassa a sua concepção meramente subjetivista-individualista, e, por consequência, a ideia posta de que o particular seria meramente titular de direitos fundamentais, passando a ser também destinatário nas relações jurídicas travadas entre particulares. Trata-se da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.<sup>641</sup>

Conforme já ressaltado, para a doutrina clássica liberal os direitos fundamentais se limitam a reger a relação do indivíduo com o Estado, e, portanto, não se aplicariam às relações jurídico-privadas. Entretanto, Daniel Sarmento destaca que tal visão é de um “individualismo possessivo”, que hoje se demonstra “profundamente anacrônica”.<sup>642</sup> Isso considerando que a violência ao cidadão não provém apenas do Estado, mas sim de grupos, pessoas e organizações privadas; pelo que a complexidade das relações impõe a aplicação dos direitos fundamentais não só para a relação estatal, mas também entre os particulares.<sup>643</sup> Assim, o Estado deixa de ser o único destinatário dos direitos fundamentais, uma vez que os indivíduos são também sujeitos passivos desta relação jurídica, sem que, obviamente, tenham desconsiderada por absoluto sua liberdade individual.<sup>644</sup>

Para Sarmento, atualmente, é pacificada na doutrina e jurisprudência brasileiras a questão de que os direitos fundamentais se aplicam nas relações privadas, havendo discussão apenas quanto à forma e a extensão desta incidência. Igualmente, compreende-se desta forma

---

<sup>640</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos... Op. Cit.*, p. 56-58.

<sup>641</sup> FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *O Estado como titular... Op. Cit.*, p. 33.

<sup>642</sup> SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas/ Luís Roberto Barroso (organizador) – 3ª ed. Revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 193-284, p. 194.*

<sup>643</sup> GOMES, Magno Federici. FREITAS, Frederico Oliveira. Conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. *A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 41, jul./set. 2010, p. 182.

<sup>644</sup> FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *O Estado como titular... Op. Cit.*, p. 33.

na Espanha, Portugal, Itália e Argentina. Mas não é o que ocorre, contudo, em alguns países.<sup>645</sup>

Na Suíça e nos Estados Unidos, ainda prevalece a ideia de que os direitos fundamentais apenas limitam os poderes estatais, pelo que nas relações jurídicas privadas aplica-se apenas a legislação civil. Nos Estados Unidos, por meio da doutrina nominada de *state action*, não é cabível sequer a regulamentação pelo legislador ordinário de tais questões referentes aos direitos fundamentais nas relações privadas. E referida doutrina foi também recepcionada no Canadá.<sup>646</sup>

A doutrina da *state action* é embasada na proteção da liberdade individual, fundamentado, assim, que os direitos fundamentais não se aplicam nas relações privadas sem a presença do Estado.<sup>647</sup> Para Sarmento, referida doutrina não se sustenta porque legitima a liberdade para violações à Constituição Federal.<sup>648</sup>

Quanto às correntes favoráveis à eficácia horizontal, há aquelas que compreendem haver uma eficácia apenas indireta e mediata dos direitos fundamentais na esfera privada, e outras que compreendem existir uma eficácia mais ampla, e, portanto, direta e imediata.<sup>649</sup>

No Brasil, a aplicação dos direitos fundamentais é imediata e geral nas relações privadas porque, apesar da irresignação de alguns, a Constituição Federal de 1988 é intervencionista e social, e “que não se ilude com a miragem liberal de que é o Estado o único adversário” dos direitos fundamentais, lembrando que entre os objetivos trazidos pela Constituição está o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Logo, as normas brasileiras são incompatíveis com a tese doutrinária americana.<sup>650</sup>

São razões para esta fundamentação: a) a norma constitucional prevê expressamente direitos fundamentais com destinatários privados, como é o caso dos direitos trabalhistas do art. 7º; b) não há nada na Constituição que culmine na conclusão de que os direitos fundamentais são aplicáveis apenas em face do Estado, sendo que o art. 5º conduz à conclusão de uma “vinculação passiva universal”; c) o Brasil é um país de extrema desigualdade social que impõe referida tutela, diversamente de países como Estados Unidos e Alemanha.<sup>651</sup>

Quanto às críticas realizadas à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, estas podem ser sintetizadas em: a) fulminam a autonomia privada; b) corroem a identidade do

---

<sup>645</sup> SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares...* Op. Cit., p. 197 e 236.

<sup>646</sup> SARMENTO, Daniel. *Idem*, p. 198-199, 205 e 209.

<sup>647</sup> GOMES, Magno Federici. FREITAS, Frederico Oliveira. *Conexão entre a dignidade...* Op. Cit., p. 193.

<sup>648</sup> SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares...* Op. Cit., p. 207-208.

<sup>649</sup> GOMES, Magno Federici. FREITAS, Frederico Oliveira. *Conexão entre a dignidade...* Op. Cit., p. 190-193.

<sup>650</sup> SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares...* Op. Cit., p. 245.

<sup>651</sup> SARMENTO, Daniel. *Idem*, p. 246-247.

Direito Privado, que fica absorvido pelo Direito Constitucional; c) conferem um poder extremado ao Poder Judiciário que, a partir de dois titulares de direitos fundamentais, pode “ponderar” qual direito aplicar a seu bel prazer, o que por consequência resulta na d) insegurança jurídica.<sup>652</sup>

Este é o entendimento, por exemplo, de Jorge Reis Novais, para o qual a aplicação dos direitos fundamentais em face dos particulares contraria duzentos anos de construção teórica em que estes direitos vêm sendo construídos como limites à interferência estatal e trunfos contra a maioria, além de encontrar inúmeras dificuldades práticas.<sup>653</sup>

Para Novais, na relação em que o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, tais direitos possuem validade total e só cedem se o Estado encontrar justificação de peso indiscutível. No entender do autor, isso não ocorreria quando da aplicação destes direitos entre relações privadas, cuja existência de dois titulares conduziria sempre à colisão e, por conseguinte, são necessárias a ponderação e a cessão de um dos interesses fundamentais.<sup>654</sup>

Novais ainda afirma que, mesmo que a relação Estado/cidadão também leve a conflitos, colisões e ponderações, não é a mesma situação, uma vez que, no seu entender, a questão é qualitativamente diferente, pois “da parte do Estado não há titularidade de direitos fundamentais, ele só dificilmente pode invocar razões jusfundamentais a favor de interesse que pretende prosseguir”. Novais assim conclui que a ausência de uma hierarquia de direitos fundamentais expressamente posta pela Constituição Federal conduzirá necessariamente ao arbítrio judicial e a insegurança jurídica.<sup>655</sup>

Referidas críticas – que poderiam também ser feitas, ainda que com adaptações, para a titularidade que ora se defende às pessoas jurídicas de direito público – não se sustentam, ao menos não na ordem constitucional brasileira. Isso porque a) a autonomia privada não é um valor absoluto, estando sujeita à ponderação com outros valores constitucionais; b) a Constituição é suprema no ordenamento jurídico e irradia todo o sistema, inclusive no Direito Privado e no Direito Administrativo; pelo que c) não há que se falar em poder excessivo dado ao juiz, uma vez que se mantém a possibilidade da matéria ser regulada pelo legislador ordinário, desde que conforme a Constituição Federal – sendo assim, a interpretação judicial se dará dentro das normas constitucionais e ordinárias, e somente excepcionalmente será contra-majoritária (acaso a lei seja inconstitucional, o que, contudo, traz um ônus de maior

---

<sup>652</sup> SARMENTO, Daniel. *Idem*, p. 197.

<sup>653</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais – trunfos contra a maioria*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006, p. 89.

<sup>654</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais... Op. Cit.*, p. 89-91.

<sup>655</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Idem*, p. 92 e 94.

argumentação judicial); logo d) o que enseja a insegurança jurídica não é a interpretação do julgador conforme a Constituição, a qual se deve dar perante várias formas e fórmulas<sup>656</sup>, mas sim a ausência de fundamentação jurídica quando da decisão ou da sucessiva alteração de posicionamento jurisprudencial, o que é um problema infinitamente mais amplo, que não se relaciona com o debate ora exposto ou com a ponderação em si.<sup>657</sup>

A insegurança jurídica está muito mais relacionada à aplicação intuitiva pelo julgador, “a mercê do psiquismo e da formação moral”<sup>658</sup> deste, sem que se apresente “o processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade”<sup>659</sup> ou que o faça de maneira contrária à própria previsão constitucional<sup>660</sup> do que propriamente pela aplicação da Constituição ou da ponderação entre direitos fundamentais.

Por conseguinte, como não há razões para não se aceitar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, não há razão para não aceitar sua titularidade para as pessoas jurídicas de direito público, não na perspectiva contemporânea destes direitos em que estes se irradiam para toda a ordem jurídica. Enfim, é em razão desta dupla dimensão dos direitos fundamentais que estes se aplicam nas relações entre indivíduos *versus* indivíduos, e também nas relações Estado *versus* indivíduos e Estado *versus* Estado.<sup>661</sup>

É neste sentido que, apesar de discussão e divergências, o sistema jurídico parece aceitar a titularidade dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público<sup>662</sup>, especialmente quando o Estado não está no uso de seus “poderes-competência”.

Exemplo desta situação é a discutida no Mandado de Injunção n.º 725 de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes<sup>663</sup>, em que o Município de Nova Brasilândia alega omissão legislativa em face do Congresso Nacional referente à Lei Complementar citada no art. 18º, §4º da Constituição Federal, cujo direito ou prerrogativa fundamental lhe foi reconhecido. Neste caso, é possível sustentar que o Município detém uma pretensão jusfundamental de

---

<sup>656</sup> Para análise das formas e fórmulas: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos...* Op. Cit.; SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002, p. 23-50 e BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 49-75; 91-145.

<sup>657</sup> SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares...* Op. Cit., p. 249-251.

<sup>658</sup> SARMENTO, Daniel. *Idem*, p. 251.

<sup>659</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável... Op. Cit., p. 31.

<sup>660</sup> SALGADO, Eneida Desiree; CERQUEIRA NETO, José N. de. Caminhos e desafios da revisão judicial de constitucionalidade. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. v. 19, n. 19, p. 114-130, jan./jun. 2016, p. 115.

<sup>661</sup> FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *O Estado como titular...* Op. Cit., p. 38.

<sup>662</sup> FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *Idem*, p. 108.

<sup>663</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção n.º 725/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 10.5.2007, publicação em 21.09.2007, p. 6.

dimensão objetiva referente ao fato de que cabia ao legislador ordinário certas configurações normativas (função normativa do direito fundamental).

Assim, em razão desta dimensão objetiva, da vinculação e da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, o Estado-Executivo, por exemplo, é titular de direitos fundamentais para se defender do Estado-juiz ou do Estado-legislativo e dos próprios particulares.<sup>664</sup>

Por conseguinte, embora não deva ser abandonada a noção dos direitos fundamentais como protetor das liberdades, é preciso reconhecer que sua concepção atual bidimensional é muito mais ampla e complexa. É nesta concepção mais ampla sobre os direitos fundamentais que é possível compreender a sua eficácia horizontal, como também a titularidade destes pelas pessoas jurídicas, inclusive as de direito público.

(v): Porém, mesmo a partir destas fundamentações até aqui expendidas, ainda parece paradoxal o Estado ser ao mesmo tempo sujeito ativo e passivo de direitos fundamentais, como se este estivesse invocando direitos fundamentais para se proteger de si mesmo.<sup>665</sup> Esta é a fundamentação, como salientado, do Superior Tribunal de Justiça.<sup>666</sup>

Primeiramente, referido argumento de que os direitos fundamentais não seriam compatíveis com os entes de natureza pública por suposto paradoxo e confusão entre titular e destinatário, embora exclua o Estado (o Poder Público), sendo este Estado garantidor de tais direitos, não exclui as demais personalidades distintas dele, como as universidades e os conselhos de fiscalização profissionais. Este já é um indício que demonstra a fragilidade do argumento.<sup>667</sup>

Isso porque este entendimento desconsidera que os direitos fundamentais, além de bidimensionais, possuem inúmeras funções. Há também confusão entre a diferença entre direito e pretensões jusfundamentais. Estas, se consideradas, demonstram que não há nenhum paradoxo, uma vez que, em determinadas relações jurídicas, o Estado (que não é uno, e sim formado por diversas pessoas jurídicas) poderá ser destinatário de uma pretensão jusfundamental – mas, em outras, poderá ser titular.

Não há paradoxo, uma vez que uma Universidade é, por exemplo, destinatária da pretensão jusfundamental referente à organização e prestação de concurso para que as pessoas tenham igualdade de condições para o ingresso na instituição<sup>668</sup> (funções de organização e

---

<sup>664</sup> FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *O Estado como titular...* Op. Cit., p. 115.

<sup>665</sup> FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *Idem*, p. 93.

<sup>666</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1258389/PB, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 15/04/2014.

<sup>667</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa...* Op. Cit., p. 534.

<sup>668</sup> MOTTA, Fabrício. Direitos fundamentais e concurso público. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. v. XXVIII, edição especial, p. 68-85, 2010.



procedimento) e, por outro lado, a mesma Universidade é titular do direito fundamental de propriedade (em suas várias funções, como na de prestação normativa, de organização e também de proteção). Nota-se que não há confusão ou paradoxo na medida em que são relações jurídicas diversas, com pessoas diversas, e que tratam de pretensões jusfundamentais (direitos fundamentais em sentido estrito) e funções também diferentes.

Portanto, não há como alegar que o ente estatal é ao mesmo tempo sujeito ativo e passivo do mesmo direito fundamental (o bem jurídico), uma vez que, analisando a pretensão em sentido estrito, ver-se-á que não é o caso.

Garcia e Alves destacam que é inegável que as pessoas jurídicas de direito público, por travarem inúmeras relações jurídicas, possuem direitos – sejam eles fundamentais ou não; estejam eles expressos na Constituição ou em legislação infraconstitucional. Assim, não se nega que os direitos fundamentais estão voltados primordialmente à proteção do indivíduo, mas não há como negar também que o Estado possui direitos fundamentais.<sup>669</sup>

Outro exemplo que demonstra claramente que não há confusão entre a pessoa do titular e a destinatária da pretensão é quando a Fazenda Pública é parte litigante em um processo judicial, estando sujeita ao poder do juiz. Esta é a razão para o reconhecimento dos direitos fundamentais referentes ao caráter processual às pessoas jurídicas de direito público. Outro caso pode ocorrer quando a União não repassa as verbas de manutenção e desenvolvimento do Ensino Fundamental (FUNDEF) a certo Município. São situações como estas que permitem às pessoas jurídicas de direito público invocar direitos fundamentais para se protegerem em face de outras pessoas jurídicas, embora estas possam fazê-lo também até mesmo em face de pessoas físicas.<sup>670</sup>

Ademais, este equívoco em ver na mesma figura o titular e o destinatário – e entender isso como uma barreira intransponível para a titularidade dos direitos fundamentais pelos entes estatais – ocorre por não se diferenciarem as relações jurídicas, nas quais as pessoas jurídicas atuam como sujeitos de direito, e ainda por não diferenciar o Estado-parte do Estado-ordem jurídica. Esta confusão, embora usual quando se discutem direitos fundamentais, não ocorre quando é tratado do contrato administrativo, pois, nestes casos, os administrativistas bem diferenciam o fato do príncipe, em que o Estado age enquanto legislador, do fato da administração, no qual o Estado age como parte daquele contrato.<sup>671</sup>

---

<sup>669</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa...* Op. Cit., p. 534.

<sup>670</sup> FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *O Estado como titular...* Op. Cit., p. 109-110.

<sup>671</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *A contratualização...* Op. Cit., p. 182.

Por conseguinte, não há que se falar em paradoxo ou em contradição lógica, uma vez que não é na mesma relação jurídica que uma pessoa jurídica de direito público será ao mesmo tempo titular e destinatária de uma pretensão jusfundamental.

### 3.1.2. A possibilidade de a pessoa jurídica de direito público ser vítima de dano moral

O debate sobre a titularidade dos direitos fundamentais não se resolve apenas com base nos estudos a partir da compreensão contemporânea da pessoa jurídica e do Estado, como feito no tópico anterior, uma vez que surgem outras inquietações – como quais direitos os entes associativos, inclusive o Estado, podem titularizar.<sup>672</sup>

Surgem, assim, questões tais qual se a pessoa jurídica poderia ser titular dos direitos de personalidade, como o direito à imagem ou à honra, direitos que nasceram para tutelar o ser humano e sua dignidade, sejam estes direitos considerados dotados ou não de fundamentalidade.

Discussões inerentes à personalidade jurídica passam também pela indagação se a pessoa jurídica pode sofrer dano moral, sendo que o leitor atento à evolução do debate se lembrará da previsão da súmula 227 do STJ, que reconhece o direito à indenização, estando supostamente pacificado o tema. Tal leitor poderá considerar a questão improfícua e irrelevante, até ultrapassada. Porém, se tal afirmação é tão clara e evidente, como se explicam as decisões proferidas nos Recursos Especiais n.º 598.281<sup>673</sup> e 821.891<sup>674</sup> do STJ que negam os direitos de personalidade às pessoas jurídicas de direito público?<sup>675</sup>

Como explicar o Enunciado n.º 286 da IV Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, que dispõe que os “direitos de personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos”?<sup>676</sup>

Ademais, considerando o exposto até agora – de que o dano moral é a lesão à dignidade da pessoa humana –, como justificar a reparação de tal dano à pessoa jurídica, e especificamente à pessoa jurídica de direito público?

---

<sup>672</sup> COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da. *Dano à imagem... Op. Cit.*, p. 32.

<sup>673</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 598.281/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. P/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Julgado em 02/05/2006, Dj 01/06/2006, P. 147.

<sup>674</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 821.891/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Julgado em 08/04/2008, Dje 12/05/2008.

<sup>675</sup> COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da. *Dano à imagem... Op. Cit.*, p. 18.

<sup>676</sup> COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da. *Idem*, p. 19.

Pois bem. Entre estas discussões, quando do estudo do dano moral coletivo, Morato Leite associa a correlação do reconhecimento da existência desta espécie de dano transindividual com a possibilidade de as pessoas jurídicas sofrerem dano moral, pois este reconhecimento (do dano moral às pessoas jurídicas) representaria a aceitação de que o dano moral vai além da esfera subjetiva de dor e sofrimento.<sup>677</sup>

Steigleder<sup>678</sup> e Medeiros Neto<sup>679</sup> também fundamentam que o reconhecimento do dano moral à pessoa jurídica foi o primeiro passo para o reconhecimento do dano moral coletivo.

Entretanto, para Teixeira – e na mesma linha da presente pesquisa – se o dano moral coletivo guarda relação com a dignidade humana e “com o pleno desenvolvimento da personalidade humana, a partir da satisfação de necessidades coletivas individualmente sentidas associadas a bens jurídicos de fruição transindividual”, a justificativa para a possibilidade de danos morais coletivos reside em sua própria essência. Logo, eventuais objeções à possibilidade de danos morais às pessoas jurídicas não guardam relação com os danos morais coletivos. Sendo o dano moral aquele dano que atinge a dignidade humana, e não tendo as pessoas jurídicas referido valor-fonte, a justificativa para estas sofrerem dano moral apresenta transposições conceituais mais intensas.<sup>680</sup>

Aliás, esta vinculação do dano moral com a dignidade humana faz com que alguns autores fundamentem que a pessoa jurídica não poderia ser vítima desta espécie dano. Bodin Moraes, por exemplo, afirma que as pessoas jurídicas não poderão sofrer danos não patrimoniais na mesma medida em que as pessoas físicas, mas sofrerão tais danos quanto atacadas em aspectos não avaliáveis, direta ou indiretamente, em pecúnia. Para Moraes, contudo, isso não se trata de dano moral, mas sim de um “dano institucional”.<sup>681</sup>

Referido dano institucional, neste caso, estaria vinculado à necessária comprovação de prejuízo material da pessoa jurídica e o arbitramento da indenização, poderia, assim, considerar condições econômicas.<sup>682</sup>

Entretanto, alterar sua denominação de dano moral para institucional não é suficiente para resolver o problema de sua fundamentação, já que certamente este dano continua não sendo abalizado pela dignidade da pessoa humana.

---

<sup>677</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental... Op. Cit.*, p. 292-300.

<sup>678</sup> STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental... Op. Cit.* p. 139-150.

<sup>679</sup> MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo... Op. Cit.*, p. 53-100.

<sup>680</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral coletivo... Op. Cit.*, p. 154- 161

<sup>681</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos a pessoa... Op. Cit.*, p. 182-192.

<sup>682</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Idem, ibidem.*

Yussef Cahali resolve tal questão afirmando que o dano moral (ou institucional) das pessoas jurídicas é decorrente de ataque aos seus direitos de personalidade, seja o nome, a honra ou a imagem, já que as pessoas jurídicas são dotadas de atributos de reputação e conceito perante a sociedade e, por conseguinte, são passíveis de abalo em sua credibilidade.<sup>683</sup>

O fundamento constitucional estaria no art. 5º, V e X, que preveem que a ofensa moral está ligada às agressões causadas à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem; atributos estes que pertencem em alguma medida às pessoas jurídicas, especialmente a honra objetiva. Para Rui Stoco, como o dispositivo constitucional não faz diferença entre pessoa física e jurídica, não poderia o intérprete fazê-lo.<sup>684</sup>

Daí que, por previsão constitucional, a pessoa jurídica, embora não tenha dignidade, pode ser vítima de dano moral quando lesionada em seus direitos de personalidade.<sup>685</sup>

Nesta linha, o art. 52 do CCB dispõe ainda que “aplica-se as pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”, o que corrobora com tal entendimento. Referido dispositivo deveria, assim, ser interpretado de modo a desestimular a impunidade ou ausência de tutela à pessoa jurídica, já que a função da responsabilidade civil não é apenas a compensação, mas também a dissuasão de comportamentos antijurídicos.<sup>686</sup>

E com a edição da súmula 227 do STJ, a questão restou praticamente pacificada na jurisprudência, tendo ainda relutância de alguns doutrinadores (como anteriormente indicado), e oscilações de entendimento no que se refere à aplicação do art. 52 do CCB e de respectiva súmula às pessoas jurídicas de direito público.

Quanto aos direitos de personalidade, por sua vez, as expressões honra e imagem não são sinônimas – não se trata do mesmo direito. A honra diz respeito ao bom nome e à reputação dos indivíduos e se insere na integridade e inviolabilidade moral. O bem jurídico protegido pela honra é o apreço social. A honra subjetiva é inerente apenas à pessoa física, pois está no psiquismo de cada um. Entretanto, a honra objetiva é externa ao sujeito e consiste no respeito, na admiração, no apreço e na consideração que os outros dispensam à pessoa. O direito à imagem diz respeito à proteção da imagem física da pessoa, tendo esta direito de definir e determinar qual será a autoexposição pessoal. Refere-se ao direito de não se

---

<sup>683</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed., rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 377-387.

<sup>684</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1420-1424.

<sup>685</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dano moral... Op. Cit.*, p. 377-387.

<sup>686</sup> COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da. *Dano à imagem... Op. Cit.*, p. 95.

fotografado ou ter seu retrato exposto em público sem o devido consentimento, daí que uma pessoa pública tem um direito à imagem mais restrito.<sup>687</sup>

E tais direitos são dotados de fundamentalidade, pois se encontram dentro do catálogo expresso do art. 5º da Constituição Federal.

Referidos direitos quando se está a tratar de pessoas físicas têm como fim a proteção da dignidade humana, pelo que os direitos de personalidade nas pessoas jurídicas terão funções de tutela diversas, sendo que os princípios que norteiam as pessoas jurídicas são os da livre iniciativa e os princípios gerais da ordem econômica.<sup>688</sup>

É por esta diferente função e fundamentação dos direitos de personalidade nas pessoas jurídicas que o tratamento dado ao nome empresarial também é diverso do tratamento dado ao nome da pessoa natural, como também é diversa a proteção ao sigilo empresarial da proteção à privacidade do ser humano.<sup>689</sup>

Mas, como o conceito e a reputação empresariais – assim como os demais direitos de personalidade –, são valores que também podem ser lesionados nas pessoas jurídicas – e comprovar a exata afetação patrimonial em decorrência do ilícito seria ônus pesado e, por vezes, intransponível –, estes são reconhecidos como valores extrapatrimoniais também para as pessoas jurídicas. Neste sentido, embora com premissas diferentes, a proteção aos direitos de personalidade às pessoas jurídicas com respectiva responsabilização civil daquele que os prejudicar se impõe, pois mesmo a pessoa jurídica que não tenha fins lucrativos também detém reputação, patrimônio, dívidas, e também pode sofrer danos materiais e institucionais (ou morais).<sup>690</sup>

Neste contexto, outro importante fundamento para o direito de personalidade das pessoas jurídicas e para a respectiva possibilidade de reparação por dano moral é trazido por Henrique Geaquinto Herkenhoff, ao expor que, assim como a pessoa natural tem direito ao pleno desenvolvimento de sua personalidade, a pessoa jurídica tem no mínimo o direito ao pleno desenvolvimento de seus fins – tanto sua finalidade estatutária quanto sua finalidade social. E qualquer abalo em sua credibilidade, mesmo quando a pessoa jurídica não tem fins econômicos, interfere em sua capacidade de produzir riquezas, pagar tributos, gerar empregos etc.<sup>691</sup>

---

<sup>687</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito...* Op. Cit., p. 476-480.

<sup>688</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008, p. 241-278.

<sup>689</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais...* Op. Cit., p. 241-278.

<sup>690</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Idem, ibidem*.

<sup>691</sup> HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. *Os direitos de personalidade...* Op. Cit., p. 51.

Por esta razão, Herknhoff também prefere a denominação de dano institucional ao dano moral, como outros autores, pois o fundamento jurídico do dano institucional é a função social da propriedade, e não a dignidade da pessoa humana.<sup>692</sup>

Logo, havendo desrespeito a um bem que compõe o patrimônio imaterial da pessoa jurídica, caracteriza-se o dano institucional (ou moral) por abalar este patrimônio imaterial que é construído ao longo de sua existência, cuja lesão muitas vezes inviabiliza ou dificulta a consecução dos fins para os quais a pessoa jurídica foi criada.<sup>693</sup>

E para Herknhoff, referida fundamentação aplica-se também às pessoas jurídicas sem fins lucrativos, ou de direito público. Exemplo desta situação é o dano moral decorrente de um ato de corrupção ou de um ato ímprobo, em que é possível que o ente público tenha “diminuída sua capacidade de desenvolver suas atividades que lhe são próprias, de alcançar os fins para os quais foi criado”. Além disso, pode haver a repercussão para os demais agentes públicos honestos, que se veem atacados em sua honra, e para a sociedade, que, além de ter um serviço público menos eficiente, pode ter também prejudicada sua dignidade. Por conseguinte, tem-se nesta situação um dano institucional, para além do possível dano coletivo e difuso – justamente pelo ataque direto ao ente público.<sup>694</sup>

Se uma fundação, por exemplo, tiver sua reputação abalada injustamente, acabará sem receber doações. Uma prefeitura de um pequeno município que se vê abalada por um caso grave de corrupção, poderia ser vitimada pela diminuição na arrecadação, caso os munícipes resolvessem deixar de recolher aos cofres públicos os tributos devidos.<sup>695</sup>

Ocorre que a existência jurídica de um ente público se dá em razão de sua própria personalidade jurídica. E, desta existência, há uma capacidade de ter direitos e deveres, como ter denominação, símbolo, expressar-se por meio de seus agentes, ter uma imagem (e daí também uma reputação). É por estas razões que Garcia e Alves também compreendem que todas as pessoas jurídicas relacionadas no art. 1º da Lei nº 8429/1992 podem sofrer um dano de natureza não patrimonial passível de indenização. Ou seja, para estes juristas, são detentores do direito à imagem e reputação tanto a União, Estados, Distrito Federal e Municípios como autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações.<sup>696</sup>

---

<sup>692</sup> HERKNHOFF, Henrique Geaquinto. *Idem, ibidem*.

<sup>693</sup> COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da. *Dano à imagem... Op. Cit.*, p. 95.

<sup>694</sup> HERKNHOFF, Henrique Geaquinto. *Os direitos de personalidade... Op. Cit.*, p. 187-189.

<sup>695</sup> COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da. *Dano à imagem... Op. Cit.*, p. 95.

<sup>696</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa... Op. Cit.*, p. 535.

Neste sentido, salienta-se que as pessoas jurídicas de direito público também gozam de determinado conceito junto à coletividade, o qual reflete não só no equilíbrio social, mas também na estabilidade das relações jurídicas travadas, como, por exemplo, com os organismos internacionais, em virtude dos constantes empréstimos realizados, e também em razão dos investidores nacionais e estrangeiros, considerando a emissão de títulos da dívida pública para a captação de receita. Ainda em face dos parceiros privados em razão das parcerias, e até em relação às demais pessoas jurídicas de direito público, sendo que a reputação influi na questão referente à obtenção de empréstimos e também moratórias.<sup>697</sup>

Há quem vá ainda mais longe, como Clayton Maranhão que defende a tese de que inclusive o órgão integrante de pessoa jurídica de direito público, como o Ministério Público, poderia pleitear a reparação dos danos causados contra a instituição.<sup>698</sup>

Contudo, há autores contrários a este posicionamento, e que trazem importantes ressalvas. Como Couto e Silva, para quem, entre as pessoas cuja honra e imagem são declaradas, não se inclui o Estado ou as pessoas jurídicas de direito público.<sup>699</sup>

Para Couto e Silva, não há proteção de honra e imagem do Estado pela Constituição, salvo quando este atua como agente econômico por pessoa jurídica de direito privado e em razão do regime de competição com outras empresas. Para as pessoas jurídicas de direito público, a noção de “honra objetiva” tem para o autor um “ranço fascista que recende a regime totalitário” e que lhe parece ser absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito.<sup>700</sup>

Para o jurista, “ao admitir-se uma honra objetiva do Estado, que é o pressuposto para o dano moral, alimenta-se o Leviatã que o Estado de Direito visou a extirpar.”<sup>701</sup>

Fundamenta, ainda, que lhe parece ilógico e incoerente, dentro de um mesmo sistema jurídico, que essa “honra objetiva” exista para certos efeitos (como no caso da condenação do agente público a pagar dano moral por improbidade administrativa), e para outros não (como no caso de críticas a uma pessoa jurídica de direito público fundada na liberdade de expressão ou na liberdade de imprensa).<sup>702</sup>

---

<sup>697</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Idem*, p. 531.

<sup>698</sup> MARANHÃO, Clayton. A tutela jurisdicional da honra objetiva do Ministério Público na hipótese de abuso (ou de não-incidência) da imunidade material parlamentar: uma contribuição ao estudo das tutelas de prevenção do ilícito e de repressão do dano. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Prof. Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 673.

<sup>699</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Notas sobre o dano... *Op. Cit.*.

<sup>700</sup> SILVA, Almiro do Couto e. *Idem*.

<sup>701</sup> SILVA, Almiro do Couto e. *Idem*.

<sup>702</sup> SILVA, Almiro do Couto e. *Idem*.

Contudo, a bem da verdade, se num caso (improbidade) reconhece-se o direito à reparação por dano moral, e no outro (liberdade de expressão) não, isso ocorre não em razão da ausência do direito fundamental (honra), mas sim em razão da ausência de próprio dano injusto reparável em razão do conflito de direitos fundamentais envolvido na situação (já que, no segundo caso, prevalece em regra o direito de liberdade de expressão em face da honra da pessoa pública). Ou seja, não se reconhece no segundo caso em razão da ausência do requisito formal do dano, que é a antijuridicidade.

Neste contexto, o dano institucional (moral) também aqui necessita do preenchimento dos dois requisitos: (i) o requisito material, que representa o fato físico, e o prejuízo em si (a lesão ao interesse ou a diminuição de bem) no mundo concreto; e (ii) o elemento formal provém da norma jurídica (a previsão do Direito positivo do interesse como juridicamente protegido ou do bem como bem jurídico – a antijuridicidade).

No caso, o requisito material corresponde à inviabilização ou ao prejuízo da consecução dos fins para os quais a pessoa jurídica foi criada em decorrência do ataque aos seus direitos de personalidade; caso contrário, está-se frente a mero ato ilícito, e não dano concreto. E o requisito formal decorre não da lesão antijurídica à dignidade humana, mas sim de lesão injusta à livre iniciativa, aos princípios gerais da ordem econômica ou de lesão à função social da propriedade. Em versão mais simplificada, de lesão aos direitos de personalidade compatíveis com a pessoa jurídica de direito público. Disso decorre que, por carência de algum dos elementos, nem todas as hipóteses vão lidar com a reação do ordenamento jurídico.

Neste contexto, conforme já tratado nos itens anteriores sobre o dano moral individual e coletivo, também quanto à pessoa jurídica, ainda que o dano moral se desvincule de sentimentos desagradáveis, este só é configurado se houver comprometimento do fim para o qual a pessoa jurídica se presta. Logo, ainda que o dano moral possa ser – em geral – presumido, dada a impossibilidade de se provar materialmente a afetação aos direitos de personalidade, isso não quer dizer que o dano se equipara ao ato ilícito, ou que não é necessário um prejuízo no mundo concreto.

E para a pessoa jurídica, o dano moral sequer se configura *in re ipsa*, por se tratar de fenômeno muito distinto daquele relacionado à pessoa natural. É possível, contudo, a utilização de presunções e regras de experiência no julgamento.<sup>703</sup>

---

<sup>703</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 1564955/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 06/02/2018, DJe 15/02/2018.



Quanto à ressalva de Couto e Silva ao tema, salienta-se, contudo, que esta não deve ser ignorada. Assim, ainda que seja juridicamente possível a concepção de titularidade de direitos fundamentais (e de personalidade) às pessoas jurídicas de direito público com o consequente direito à reparação por dano moral, o risco de esta concepção culminar em decisões judiciais ou responsabilização e censura injustas e seletivas não pode ser desconsiderado, especialmente em tempos em que o Direito tem sido consumido pelo “moralismo político”<sup>704</sup>.

Por conseguinte, o tema impõe certa cautela diante de sua aplicação prática, pois o resultado pode gerar mais perigos aos direitos fundamentais do que suas respectivas consolidação e efetivação.

### 3.1.3. Consequências do reconhecimento da atribuição de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público

Questiona-se, a partir daqui, se seria efetivamente importante a discussão referente à possibilidade de tais direitos, garantias, poderes e competências serem ou não direitos fundamentais, e se tal discussão é tão somente semântica e acadêmica ou se, ao contrário, apresenta efeitos práticos. A resposta é positiva: tal discussão apresenta efeitos práticos relevantes de se atribuir direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público.

(i): Se o direito que a pessoa tem é fundamental, este possui um regime jurídico próprio, consistente: (a) na aplicabilidade imediata conforme enunciado no art. 5º, §1º da Constituição Federal, o qual garante uma “juridicidade reforçada”; e ainda consiste (b) na limitação de reforma pelo legislador, uma vez que são entendidos como cláusulas pétreas nos termos do art. 60, §4º, IV.<sup>705</sup>

(ii): Outro efeito é lógico à própria fundamentação e já foi citado: o reconhecimento de garantias para além das processuais, mas efetivos direitos materiais titularizados por tais entes, como o direito à imagem e reputação das pessoas jurídicas de direito público e, por consequência, o direito à reparação por danos morais ou institucionais.

(iii): Ademais, os direitos fundamentais não são absolutos, podendo ser restringidos, desde que não se atinjam seus núcleos essenciais. Estas restrições (a definição do conteúdo do

---

<sup>704</sup> O tema acerca do “moralismo político” é abordado por Emerson Gabardo. In: GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A & C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez., 2017.

<sup>705</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos...* Op. Cit., p. 73.

direito definitivo, portanto) são definidas a partir da regra da proporcionalidade<sup>706</sup>, que se dá em caso de colisão de princípios. Desta colisão de princípios (direitos *prima facie*) resulta uma regra, pelo que as restrições a direitos fundamentais se dão por meio destas regras (direitos definitivos).<sup>707</sup> Estas restrições podem já vir dispostas expressamente por disposição constitucional (restrição imediata) ou por meio de legislação ordinária promulgada com fundamento na própria norma fundamental (restrição mediata).<sup>708</sup>

Tenha-se, assim, como exemplo, o direito da propriedade que tem restrição na própria Constituição referente à sua função social. Ao se afirmar que as pessoas jurídicas de direito público detêm tal direito enquanto fundamental, passam-se a sujeitar suas propriedades não só ao interesse público, mas também à função social.<sup>709</sup>

Sobre este tema, leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, afirmando que a função social é compatível com a propriedade pública, sendo que esta autoriza ou exige que a Administração amplie as possibilidades de uso do bem público, em especial para atender aos objetivos constitucionais voltados para o pleno desenvolvimento, garantia do bem-estar e sustentabilidade, assim como atenda às exigências expressas no plano diretor.<sup>710</sup>

Por conseguinte, outra consequência da atribuição de direitos fundamentais ao Estado é que, além de sua proteção, há também restrições inerentes a tais direitos.<sup>711</sup> É neste sentido, por exemplo, que, ao se aceitar que as pessoas jurídicas de direito público como titulares de direitos fundamentais, inclusive neste sentido de sofrer, portanto, um dano moral, não se está afirmando que seriam possíveis danos extrapatrimoniais em decorrência de meras críticas ao Estado ou aos seus governantes. Enfim, não se está a defender a possibilidade de censura.<sup>712</sup> Isso porque a inoccorrência de dano indenizável nesta situação (de mera crítica) não se dá pela inexistência de titularidade do direito fundamental, mas sim pela inexistência do dano em si, ou então pela análise da colisão deste com outros direitos fundamentais (liberdade de imprensa x imagem) que resulta na restrição, no caso, do direito fundamental de imagem e reputação.

---

<sup>706</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais...* Op. Cit., p. 140.

<sup>707</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Idem*, p. 141.

<sup>708</sup> GUSSOLI, Felipe Klein. HACHEM, Daniel Wunder. Restrições ao direito fundamental à liberdade de exercício da advocacia pelos servidores do Ministério Público. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 7(3), p. 334-350, set./dez 2015, p.338.

<sup>709</sup> FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. Op. Cit., p. 121-124.

<sup>710</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade Pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Número 6 – abril/maio/junho. Bahia: 2010. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-6-ABRIL-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. Acesso em 25 de julho de 2017.

<sup>711</sup> FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *O Estado como titular...* Op. Cit., p. 124.

<sup>712</sup> HERKNHOFF, Henrique Geaquinto. *Os direitos de personalidade...* Op. Cit., p. 188.

Referido conflito entre os direitos fundamentais foi tratado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) em 2004, quando, entretanto, o direito à liberdade de expressão é que foi restringido sob o fundamento que “o Município de Lages e a Secretaria Municipal de Águas e Saneamento - SEMASA sofreram abalo em sua honra objetiva em decorrência das notícias veiculadas nos jornais locais”. Os referidos jornais do Sindicato dos Trabalhadores em Água e Saneamento de Santa Catarina (SINTAE) veicularam matéria “pondo em cheque (*sic*) a credibilidade do processo de privatização e até a idoneidade dos serviços prestados”.<sup>713</sup>

Neste contexto, embora a liberdade de expressão não seja absoluta, ao tratarmos do conflito desta com a reputação estatal (honra objetiva de pessoas jurídicas de direito público), parece de fato existir o risco tratado por Couto e Silva, isto é, do resultado deste embate culminar em censura a qualquer crítica feita aos Poderes Públicos.

(iv): Decorrente disso, outra questão prática ao tema é que esta titularidade apresenta também reflexos na separação de poderes e na relação entre o Direito e a política – o que pode ser igualmente problemático.

Cabe, como exemplo, o caso já citado sobre a Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 4917/DF, que trata dos *royalties* do petróleo, o qual teve decisão liminar suspendendo os efeitos da lei que tratava do tema. Como destaca Hamanda Ferreira, além da discussão meramente terminológica e conceitual, a atribuição desta titularidade atrai, portanto, efeitos materiais – a interferência na ação política e na separação de poderes.<sup>714</sup> Referida “interferência” deve ser realizada dentro dos parâmetros constitucionais e com respeito à segurança jurídica. O problema é: quem dirá e quais serão estes parâmetros e limites?

Expostas algumas consequências e reflexos, conclui-se que não há impedimento insuperável para que as pessoas jurídicas de direito público, enquanto sujeitos de direito, venham a ser consideradas também como titulares de direitos fundamentais, especialmente num enfoque contemporâneo deste. Porém referida titularidade traz inúmeros problemas e riscos diante de sua aplicação prática.

---

<sup>713</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível n.º 2004.023730-8, de Lages, Rel. Des. Luiz César Medeiros, Segunda Câmara de Direito Público, j. 14-12-2004.

<sup>714</sup> FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *O Estado como titular... Op. Cit.*, p. 128.

### 3.2. O DANO MORAL NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme já exposto, a postulação de reparação por dano moral vem sendo aceita tanto por ação civil pública quanto por ação popular, e, mais recentemente, também pela via de ações de improbidade administrativa.<sup>715</sup>

A face mais atual do dano moral talvez seja justamente esta condenação de reparação em decorrência de atos ímprobos contra a Administração Pública. Mas dela surgem diversas questões – desde se há fundamento jurídico para esta responsabilidade civil até se esta lesão é de interesse coletivo, ou da própria pessoa jurídica de direito público. Outra questão se refere a qual seria a via processual adequada para referida postulação.<sup>716</sup>

Esta discussão – se os atos de improbidade ensejam responsabilidade civil, e qual é a via processual cabível – é um debate ainda muito recente, e que, via de regra, não conta com análise aprofundada e cuidadosa da doutrina. Por consequência, não é pacificada na jurisprudência.

São referidas questões que são analisadas nos tópicos seguintes.

#### 3.2.1. As ações de improbidade administrativa, as sanções previstas na Lei nº 8.429/1992 e a reparação do dano moral da pessoa jurídica estatal

O sistema jurídico é formado por normas, ou seja, por prescrições dotadas de sanção que podem ser tanto regras quanto princípios. Os valores, por sua vez, formam o conteúdo destas normas e lhes impõem uma aceitação a ser seguida pelo intérprete. Por conseguinte, enquanto os princípios e as regras, por serem normas, obrigam seus destinatários, os valores são entendidos como “preferências intersubjetivamente compartilhadas”, ou seja, são “bens pelos quais se considera, em coletividades específicas, que vale a pena lutar”. Há valores morais que inundam a Constituição Federal, como aqueles que preenchem o conteúdo do princípio da moralidade administrativa.<sup>717</sup>

Para Di Pietro, moralidade e probidade administrativa, enquanto princípios, vão além da exigência de legalidade formal na atuação administrativa, e exigem também observância

---

<sup>715</sup> VENTURI, Elton; VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. O dano moral... *Op. Cit.*, p. 397-421.

<sup>716</sup> CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A (in)viabilidade do dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba –SP: Editora Foco, 2018, p. 53-71.

<sup>717</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2005, p. 45-50.

aos princípios éticos, de lealdade, da boa-fé e da boa administração. Mas, repita-se, para a jurista, probidade e moralidade enquanto princípios seriam equivalentes.<sup>718</sup>

Para outros doutrinadores, contudo, o princípio da moralidade seria gênero de cuja espécie está o princípio da probidade. Ainda assim, no entanto, estes juristas buscam fortalecer e evidenciar a autonomia jurídica deste princípio em face dos demais que embasam o regime jurídico administrativo.<sup>719</sup>

A doutrina brasileira, a exemplo de Di Pietro, segue em linhas gerais a doutrina do publicista francês Maurice Hauriou, a quem se atribuiu a expressão “moralidade administrativa”. Ou seja, entende-se comumente que a moralidade administrativa tem conteúdo de regras morais aplicadas ao exercício da função administrativa para obtenção dos fins públicos postos no sistema jurídico vigente. Para verificação da moralidade administrativa, portanto, é necessária análise que ultrapasse o aspecto formal e verifique se a finalidade pública foi concretamente atingida, ou se só aparentemente o faz.<sup>720 721</sup>

A moralidade administrativa implica, assim, não a mera análise se o ato é legal ou não, mas saber se determinado ato de gestão pública está ou não em consonância com os objetivos, finalidades e princípios, constitucionais e infraconstitucionais, que informam a Administração. Não se trata, contudo, de se impor ao Poder Público e a particulares uma moral comum, mas sim uma moral jurídica.<sup>722</sup>

A palavra “probidade”, por sua vez, é de origem latina e faz referência a honestidade. Dessa forma, improbidade carrega o sentido inverso: o de desonestidade. Logo, a probidade administrativa é o desempenho honesto da atividade administrativa.<sup>723</sup>

O princípio da moralidade administrativa é o mais recente entre os princípios exigidos à Administração Pública, incluído apenas na Constituição de 1988, sendo que, enquanto princípio, a Constituição cita moralidade (art. 37, *caput*) e, enquanto ato ilícito, cita

---

<sup>718</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 816-843.

<sup>719</sup> LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014.

<sup>720</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade ... Op. Cit.*, p. 93-95.

<sup>721</sup> Ricardo Marcondes Martins se contrapõe a este entendimento da doutrina brasileira, que identifica a moralidade administrativa como boa administração a partir dos ensinamentos do publicista francês Maurice Hauriou. Para Martins, referido entendimento é equivocado, na medida em que boa administração e moralidade seriam conceitos que não se confundem no Brasil. Para o autor, boa administração consiste no “dever de concretizar otimamente o interesse público” e estaria mais vinculada ao princípio da eficiência – enquanto a moralidade administrativa se trataria do dever da Administração de observar regras éticas. In: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 57-62.

<sup>722</sup> LEAL, Rogério Gesta. Imbricações ... *Op. Cit.*, p. 87-107.

<sup>723</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa... Op. Cit.*, p. 102.

improbidade (art. 37, §4º). Com a inserção do princípio, a exigência de probidade estendeu-se a toda a Administração Pública e abrangeu infrações para além do enriquecimento ilícito.<sup>724</sup>

Neste contexto, o art. 37, *caput* da CF prevê que a Administração Pública direta e indireta de qualquer um dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá, entre outros, ao princípio da moralidade. Já o §4º de referido dispositivo constitucional dispõe que os atos de improbidade administrativa importarão em quatro consequências, sendo elas: (i) a suspensão dos direitos políticos, (ii) a perda da função pública, (iii) a indisponibilidade dos bens e (iv) o ressarcimento ao erário. O respectivo parágrafo ainda dispõe que referidas consequências serão aplicadas “na forma e gradação previstas em lei”, fazendo a ressalva de que tais punições podem ser aplicadas “sem prejuízo da ação penal cabível”.<sup>725</sup>

Destas consequências, é importante destacar que as três primeiras são penas, e a última não, pois o ressarcimento ao erário se trata de obrigação civil de reparação de dano patrimonial, apesar da insistência inexplicável da doutrina de tratá-lo como pena.<sup>726</sup>

A lei que regulamenta referido dispositivo constitucional, trazendo, portanto, as formas e gradações destas consequências, é a Lei de Improbidade Administrativa (LIA, Lei n.º 8429/1992) e esta prevê três espécies de ato de improbidade: (i) aqueles que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); (ii) os atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e, por fim, (iii) os atos que atentam contra os princípios da administração pública – entre estes, o princípio da moralidade (art. 11). Todas estas espécies, no entanto, possuem um epicentro estrutural comum, a violação da juridicidade.

Assim, segundo referida legislação, a improbidade – não enquanto princípio, mas enquanto ato ilícito (ou antijurídico) – não tem o mesmo significado que moralidade, sendo mais ampla que esta, uma vez que a lesão ao princípio da moralidade administrativa (art. 11) é apenas uma das hipóteses de ato de improbidade.<sup>727</sup>

Salienta-se ainda que muitas das hipóteses do art. 9º da LIA constituem crime. Muitas das hipóteses do art. 10 também, além de estarem previstas concomitantemente na Lei n.º 8.666/1993, na Lei Complementar n.º 101/2000 ou na LAP. E diversas hipóteses estão previstas como infrações administrativas nos inúmeros Estatutos dos servidores existentes no

---

<sup>724</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 816-843.

<sup>725</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa...* Op. Cit., p. 102.

<sup>726</sup> GABARDO, Emerson; ROCHA, Iggor. Improbidade administrativa e suspensão dos direitos políticos no contexto da preponderância pragmática do interesse público. In: SANTANO, Ana Cláudia; SALGADO, Eneida Desiree. (Org.). *Direito Eleitoral: debates ibero-americanos*. Curitiba: Íthala, 2014, p. 257-274.

<sup>727</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 816-843.

país.<sup>728</sup> Neste contexto, se um ato de improbidade corresponder a um crime, a apuração da improbidade pela ação cabível será concomitante com o processo criminal. Ademais, quando praticado por servidor público, o ato de improbidade poderá corresponder também a um ilícito administrativo. Logo, um mesmo ato pode motivar a instauração de processos nas três instâncias.<sup>729</sup>

A LIA é, assim, uma importante legislação no combate à corrupção e ao desvio da finalidade pública pela Administração.

Os elementos do ato de improbidade, por sua vez, são o sujeito passivo que corresponde às entidades mencionadas no art. 1º da LIA<sup>730</sup>, enquanto o sujeito ativo é o agente público, ou terceiro particular, em colaboração com o Poder Público – além do requisito do ato antijurídico e do elemento subjetivo (dolo). Ademais, o “ato” de improbidade pode corresponder tanto a um ato administrativo como a uma conduta, mas também a uma omissão.<sup>731</sup>

Faz-se a ressalva, ainda, de que não há consenso na doutrina quanto à necessidade de elemento subjetivo da conduta (o dolo) para a configuração do ato de improbidade. Di Pietro<sup>732</sup> entende que as três espécies de improbidade podem ser configuradas tanto por dolo quanto por culpa, enquanto Emerson Garcia e Rogério Pacheco<sup>733</sup> afirmam que o ato culposo será ímprobo apenas na espécie que causar prejuízo à administração (art. 10), nas outras duas espécies apontam a necessidade de dolo. Rogério Leal<sup>734</sup>, por sua vez, sequer exige a presença de culpa quando a improbidade é por violação a princípio (art. 11). Para Eurico Bitencourt<sup>735</sup> e Emerson Gabardo<sup>736</sup>, contudo, como a improbidade se relaciona com desonestidade, não se pode falar que esta ocorra quando de uma conduta culposa, ou seja, quando o agente atue com imprudência, imperícia ou negligência. Para estes autores, portanto, é necessário o dolo para qualquer das espécies de improbidade.

---

<sup>728</sup> GABARDO, Emerson; ROCHA, Iggor. Improbidade administrativa... *Op. Cit.*, 2014, p. 257-274.

<sup>729</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª Edição. São Paulo: Atlas, 2010, p. 816-843.

<sup>730</sup> Lei de improbidade administrativa: “Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei”.

<sup>731</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*... *Op. Cit.*, p. 816-843.

<sup>732</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Idem, ibidem*.

<sup>733</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*... *Op. Cit.*, p. 531.

<sup>734</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Imbricações*... *Op. Cit.*, p. 87-107.

<sup>735</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa*... *Op. Cit.*, p. 102.

<sup>736</sup> GABARDO, Emerson; ROCHA, Iggor. Improbidade administrativa... *Op. Cit.*, p. 257-274.

De fato, o objetivo da LIA parece ser punir o administrador público desonesto, não o inábil ou o incompetente, pelo que se entende que o dolo é um elemento necessário para a configuração do ato de improbidade e para a aplicação das respectivas sanções.

Este, contudo, não é o entendimento do STJ. Para este Tribunal Superior, exige-se a presença de dolo apenas nos casos dos arts. 9º e 11, e ao menos a culpa nos termos da previsão literal do art. 10; entendimento do qual se discorda.<sup>737</sup>

Configurado o ato de improbidade, as consequências jurídicas deste estão previstas de forma graduada no art. 12 da LIA. Segundo este dispositivo legal, para as três hipóteses de improbidade, são sanções aplicáveis: a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente. Na hipótese do art. 9º (enriquecimento ilícito) e 10 (prejuízo ao erário), ainda é possível a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio.

E por fim, quanto ao ressarcimento integral do dano, na hipótese dos art. 9º (enriquecimento ilícito) e 11 (violação aos princípios), esta reparação é possível “quando houver” este dano. Já para a hipótese do art. 10 da LIA (prejuízo ao erário), o ressarcimento integral do dano é necessário, já que este prejuízo é inerente a esta categoria.

Quanto à natureza jurídica destas sanções, para Di Pietro, a ressalva contida no art. 37, §4º da CF (“sem prejuízo da ação penal cabível”) deixa claro que estas não possuem natureza penal, embora um ato de improbidade possa também corresponder a um crime. Logo, mesmo que um ato de improbidade possa motivar a instauração de processos nas três instâncias, na ação de improbidade, as sanções aplicáveis têm natureza civil.<sup>738</sup>

Ademais, para Di Pietro, reforça a ideia da natureza civil das sanções o fato de que estas podem ser aplicadas ao particular, sobre os quais a Administração Pública não poderia exercer poder disciplinar.<sup>739</sup>

Assim, a improbidade administrativa se caracteriza por um ilícito de natureza civil, embora possa ter consequências na esfera criminal (instauração de processo criminal) e administrativa (perda da função pública e instauração do processo administrativo).

---

<sup>737</sup> “A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Assim, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável, para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do artigo 10”. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1500812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 28/05/2015.

<sup>738</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 816-843.

<sup>739</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Idem, ibidem*.



Feita esta breve análise sobre o ato de improbidade administrativa e suas consequências jurídicas, a primeira discussão importante para a presente pesquisa é se este ato pode motivar a responsabilidade civil do ímprobo.

Como visto, a necessidade de ressarcimento do dano (“quando houver” este) é prevista tanto no dispositivo constitucional (art. 37, §4º) como na LIA (art. 12). Ademais, o art. 5º da LIA<sup>740</sup> determina expressamente que referido ressarcimento do dano deve ser integral. Logo, a reparação civil é um efeito que tanto a Constituição quanto a lei não dispensam.<sup>741</sup>

Ademais, relembra-se que a responsabilidade civil decorre da própria submissão das pessoas naturais ou jurídicas, e do próprio Estado, ao ordenamento jurídico, dado que esta sequer precisaria estar expressamente prevista para ser considerada.

Logo, a reparação conforme previsão expressa da LIA há de ser integral, o que para Garcia e Alves torna imperioso o dever de ressarcir todos os prejuízos sofridos pela pessoa jurídica lesada, qualquer que seja a sua natureza: material ou moral.<sup>742</sup>

Entretanto, há quem discorde desta interpretação da lei. Para Couto e Silva, por exemplo, quando o art. 37, § 5º da CF<sup>743</sup>, que trata da improbidade, restringiu os prazos prescricionais exclusivamente aos ilícitos que causem prejuízo ao erário, também excluiu a reparação por danos morais, “pois prejuízos ao erário são e só podem ser danos patrimoniais”, já que o erário se refere ao tesouro e aos cofres públicos. Ainda para o jurista, a LIA não expõe expressamente sobre ressarcimento de danos morais justamente pelo seu não cabimento.<sup>744</sup>

A diferença de interpretação da lei entre Garcia e Alves e Couto e Silva, na verdade, reside no fato de que, para os primeiros, uma pessoa jurídica de direito público pode sofrer dano moral – daí que a previsão de ressarcimento integral comporia necessariamente esta parcela –, enquanto, para Silva, é inadmissível que entes estatais sofram referido prejuízo moral – o que seria reforçado segundo sua interpretação dos dispositivos sobre o tema.

Neste contexto, conforme já salientado no tópico anterior, parece mais razoável o entendimento de Garcia e Alves, havendo embasamento jurídico que fundamenta o

---

<sup>740</sup> Lei de improbidade administrativa: “Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”.

<sup>741</sup> MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade Civil Por Improbidade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 210, p. 159-170 out./dez. 1997.

<sup>742</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa... Op. Cit.*, p. 531.

<sup>743</sup> Constituição Federal de 1988: “Art. 37º §5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

<sup>744</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Notas sobre o dano... *Op. Cit.*

ressarcimento do dano moral sofrido por tais pessoas jurídicas, mesmo que de direito público, quando é inviabilizado, ou quando há prejuízo na consecução de seus fins em decorrência de ataque aos seus direitos de personalidade.

Sendo cabível a reparação por dano moral às pessoas jurídicas descritas no art. 1º da LIA, outra discussão, porém, é quando haverá dano moral a estas pessoas jurídicas por ato de improbidade.

Neste sentido, a doutrina se divide, em síntese, em três posicionamentos: (i) a primeira assertiva é radical ao fundamentar que sempre haverá dano moral a ser ressarcido quando o agente é desleal ou desonesto para com o Poder Público. Para quem defende esta assertiva extrema, como Mattos Neto, qualquer ato de improbidade por violar interesses imateriais da Administração Pública gera dano moral indenizável.<sup>745</sup>

É bom destacar que a ação de improbidade procura de fato proteger referidos interesses imateriais, ou seja, como salienta Di Pietro, a ação de improbidade procura proteger o patrimônio público em sentido mais amplo, abrangendo os bens de outros valores além do material – um patrimônio moral, portanto. No caso de enriquecimento ilícito do agente público, por exemplo, pode não haver dano econômico-financeiro ao erário, nem lesão patrimonial, mas há violação ao patrimônio moral do Poder Público consistente nos ideais de honestidade, boa-fé, lealdade e imparcialidade, os quais são construídos por valores morais da sociedade.<sup>746</sup>

O problema nesta assertiva de Mattos Neto é compreender que referido interesse imaterial, denominado por Di Pietro como “patrimônio *moral*”, cujo conteúdo é recheado de “valores *morais*”, ao ser infringido, provocará automaticamente um “dano *moral*”. Há, nestes conceitos – patrimônio moral, valor moral e dano moral – mera similitude da expressão, mas não da sua semântica. Logo, não se pode concluir que a violação ao patrimônio moral causa automaticamente um dano moral.

A lesão ao patrimônio moral da Administração Pública pode configurar um ato de improbidade, um ato antijurídico passível de sanção – mas não será necessariamente um ato produtor de dano (seja dano material, seja moral). Não se pode, portanto, confundir a violação ao princípio da moralidade administrativa com a lesão ou o dano à moral (a honra) da pessoa jurídica.

Esta concepção extrema, portanto, trata-se da aceção positiva do dano moral (analisada no Capítulo 1), que o avalia como aquele dano decorrente de uma ofensa a bem ou

---

<sup>745</sup> MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade Civil... *Op. Cit.*, p. 159-170.

<sup>746</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...* *Op. Cit.*, p. 816-843.

interesse imaterial, mas que confunde o ato ilícito com o dano. Ademais, relembra-se que, em alguns casos, a lesão a bens imateriais (v.g., violação à reputação ou imagem) gerará um dano patrimonial, ou seja, com reflexos também no patrimônio do ofendido, reduzindo este.<sup>747</sup>

O que caracteriza o dano moral, portanto, não é a natureza jurídica do bem lesionado, mas sim os efeitos desta lesão no mundo concreto. É necessário, assim, o prejuízo no mundo concreto (o elemento material do dano extrapatrimonial), o que se relaciona com o comprometimento do fim que justifica a tutela daquele interesse.

Assim, salienta-se mais uma vez que o dano moral necessita do preenchimento dos dois requisitos (material e formal). Tratando-se de pessoa jurídica, o requisito material corresponde à inviabilização ou ao prejuízo da consecução dos fins para os quais a pessoa jurídica foi criada. Caso contrário, está-se frente a mero ato ilícito, e não dano concreto. E o requisito formal decorre de lesão aos direitos de personalidade que sejam compatíveis com a pessoa jurídica. Logo, não é todo e qualquer ato de improbidade que causará dano moral às pessoas jurídicas, pois em algumas hipóteses estarão ausente tais requisitos.

Neste sentido, relembra-se que uma ofensa a bem ambiental ou de consumo nem sempre causará um dano ou envolverá uma pretensão indenizatória. Por exemplo, o ato de lançar lixo na rua, embora seja uma infração ambiental, nem sempre – especialmente se tal ilícito for de pequena monta – comprometerá o fim de proteção deste bem indivisível a ponto de acarretar um dano moral. Idem quanto à publicidade enganosa ou quanto ao ato de improbidade.

Aliás, a própria LIA ressalta que o ato de improbidade nem sempre gerará dano quando prevê no art. 12 que o ressarcimento integral do dano na hipótese do art. 9º (enriquecimento ilícito) e 11 (violação aos princípios) é possível apenas “quando houver” este prejuízo. Idêntica é a previsão do art. 21, que afirma que as sanções deverão ser aplicadas independentemente da existência de prejuízo (seja material, seja moral).

Salienta-se, ainda, a grave consequência pela soma de dois entendimentos: primeiro, o entendimento de que o ato de improbidade (especialmente do art. 10) pode ser motivado apenas por culpa, mesmo que não derivado de desonestidade, somado a este segundo entendimento de que todo e qualquer ato ímprobo gera dano moral institucional. A soma destes dois pensamentos levaria o agente público (e mesmo o particular) a uma situação de muita insegurança, tendo em vista o risco de condenação que poderia comprometer por vezes

---

<sup>747</sup> TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral coletivo...* Op. Cit., p. 115-137.

a totalidade de seu patrimônio – mesmo estando inexistente a desonestidade do agente ou do particular e o dano à honra da pessoa jurídica.

É fato que “nenhum agente público consegue exercer suas funções com tranquilidade e segurança se sob sua cabeça pende a espada do medo”, gerando um dos maiores entraves na atuação dos servidores públicos em prol de uma boa administração. E o resultado desta interpretação culmina numa caça às bruxas que pode até inviabilizar o enfrentamento da corrupção, objetivo da LIA – pois o receio de ser processado injustamente em prejuízo de seu patrimônio gera o afastamento da vida pública justamente daqueles gestores compromissados com o bem comum. Ou seja, o efeito gerado em razão desta insegurança é a manutenção dos agentes mal-intencionados na Administração Pública.<sup>748</sup>

(ii): Além desta posição que agora se refuta, há um segundo posicionamento doutrinário, para o qual, nas hipóteses do art. 11, o ato de improbidade sempre gerará um dano moral às pessoas jurídicas envolvidas.

Nesta linha percorre o entendimento de Juarez Freitas, para quem a figura do dano moral indubitavelmente se cogita nas hipóteses ilustrativas do art. 11 da LIA, sendo que o autor sugere ainda que a multa civil, potencialmente de elevada monta, sirva como parâmetro reparatório.<sup>749</sup>

Por este posicionamento, o ato de improbidade por violação dos princípios (art. 11) apresenta sanções ao dano especificamente moral contra a Administração Pública, pois, se tivesse ocorrido prejuízo patrimonial, a espécie de improbidade estaria enquadrada nos outros dois dispositivos (art. 9º e 10).<sup>750</sup>

Referido entendimento, contudo, além de confundir, como no primeiro posicionamento, o ilícito (a violação de interesse imaterial) com o dano – ao não exigir a presença dos requisitos material e formal deste –, também confunde as sanções punitivas previstas no art. 12 (a multa) com a obrigação civil consistente no ressarcimento.

A multa não se confunde com indenização, pois a multa não é em si mesma um dever, mas sim um ato coercitivo, uma sanção “que uma norma liga a uma determinada conduta cuja

---

<sup>748</sup> GUSSOLI, Felipe Klein. Caça aos ímprobos: como a aplicação da lei de improbidade desvinculada das garantias constitucionais desvirtua a finalidade legal. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.) *Eficiência e Ética na Administração Pública: Anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná*. Curitiba: Íthala, 2015, p. 243-269.

<sup>749</sup> FREITAS, Juarez. Do Princípio da Probidade Administrativa e de sua Máxima Efetivação. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n.º 204, p. 65-84, abr.jun., 1996.

<sup>750</sup> MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil... *Op. Cit.*, p. 159-170.

conduta oposta é, desse modo, juridicamente prescrita”. A indenização, por sua vez, não é sanção, e sim um dever jurídico de ressarcir os prejuízos causados injustamente.<sup>751</sup>

Neste sentido, o entendimento do STJ fundamenta que a multa civil não se confunde com o ressarcimento integral do dano, pois estas possuem naturezas jurídicas diversas. Enquanto esta visa à recomposição do patrimônio público afetado, aquela tem caráter punitivo ao agente ímprobo.<sup>752</sup> Assim, enquanto o ressarcimento visa a recompor o *status quo ante*, a multa civil tem título pedagógico e funciona como pena.<sup>753</sup>

Ademais, este segundo posicionamento doutrinário se equivoca ao compreender que as hipóteses do art. 11 nunca motivarão um dano patrimonial, o que não é verdade. É o caso, por exemplo, da figura do inciso V do art. 11: “frustrar a licitude de concurso público”. Esse ato de improbidade pode redundar na anulação do concurso público e, conseqüentemente, acarretar a perda de todo o numerário despendido pelo Poder Público com a sua organização. Ou seja, referida hipótese motiva um dano patrimonial e o dever de ressarcir-lo.<sup>754</sup>

(iii): A terceira corrente doutrinária, a qual ora se filia, a exemplo da posição de Garcia e Alves, configura-se no sentido de que não é todo e qualquer ato de improbidade que irá gerar dano (seja material, seja moral) às pessoas jurídicas de direito público, nos termos do já citado art. 12, I e III.<sup>755</sup>

Ou seja, a própria literalidade dos dispositivos da LIA esclarece que há diferença entre o ato antijurídico passível de sanção daquele que precisará de reparação, prevendo acertadamente que o ressarcimento terá vez apenas “quando houver” prejuízo concreto.

Neste sentido, Garcia e Alves fundamentam que deverá haver reparação por dano moral quando o ato de improbidade venha a macular o conceito de que gozam as pessoas jurídicas relacionadas no art. 1º da LIA, o que, para eles, pode eventualmente acontecer entre as hipóteses previstas na Lei, quando do: a) recebimento de vantagem de qualquer natureza para tolerar a prática do contrabando e do narcotráfico (art. 9º, V); b) perceber vantagem para intermediar a liberação de verba pública (art. 9º, IX); c) causar dano ao erário com a realização de operação financeira sem a observância das normas legais (art. 10, VI); d) liberar verba pública ou aplicá-la com inobservância da sistemática legal (art. 10, XI); e) revelar

---

<sup>751</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito...* Op. Cit., p. 128-138.

<sup>752</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1122984/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21/10/2010, DJe 09/11/2010.

<sup>753</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1220007/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 01/12/2011, DJe 09/12/2011.

<sup>754</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa...* Op. Cit., p. 531.

<sup>755</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Idem, ibidem*.

indevidamente o teor de medida econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço (art. 11, VII).<sup>756</sup>

Ao contrário destes autores, em vez de indicar hipóteses abstratas, prefere-se, nos termos aqui já firmados, fundamentar que o ato de improbidade administrativa motivará um dano moral (ou institucional) das pessoas jurídicas elencadas no art. 1º da LIA quando e somente se preenchidos os requisitos formal e material do dano.

Repita-se que, no caso do ato de improbidade, o requisito formal decorre da lesão injusta ao patrimônio moral (ou aos direitos de personalidade) destas pessoas jurídicas. O requisito material corresponde à inviabilização ou ao prejuízo da consecução dos fins para os quais a pessoa jurídica foi criada em decorrência do ataque aos seus direitos de personalidade; caso contrário, está-se frente a mero ato ilícito passível de punição, mas não de reparação por ausência de dano concreto.

É preciso, portanto, que o ato de improbidade lesione os direitos de personalidade a ponto de gerar instabilidade nas relações jurídicas que estas instituições travam, como, por exemplo, por empréstimos aos organismos internacionais, ou em face dos parceiros privados, e até em relação às demais pessoas jurídicas de direito público.<sup>757</sup>

Ou seja, para se entender como presente o dano moral, é preciso que os fins constitucionais para os quais esta pessoa jurídica foi criada tenham sido obstruídos ou prejudicados em decorrência da lesão aos seus direitos de personalidade. E, como se trata de dano moral à pessoa jurídica que possui atributos de personalidade distintos da pessoa natural, o entendimento que tem prevalecido é que é necessário que este dano seja comprovado por não ser considerado *in re ipsa*.

E este é o entendimento da 2ª Turma do STJ, que fundamenta que, nos termos da súmula 227 do STJ, é cabível a reparação de dano moral à pessoa jurídica em decorrência de ato ímprobo quando, no caso concreto, houver a mácula na imagem da pessoa jurídica e restar prejudicada a consecução dos diversos fins da atividade da Administração Pública.<sup>758</sup>

Exemplo de dano institucional sofrido por pessoa jurídica é o caso da Petrobrás na Operação Lava Jato, em que a empresa alega que, em decorrência dos atos corruptivos e do

---

<sup>756</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Idem, ibidem*.

<sup>757</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Idem, ibidem*.

<sup>758</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 960.926, MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 01.04.2008.

abalo à sua honra objetiva e à sua imagem, teve sua capacidade de investimento, sua credibilidade e até mesmo o seu valor acionário severamente comprometidos.<sup>759</sup>

Quanto às pessoas jurídicas especificamente de direito público, a necessidade de comprovação do dano moral foi ressaltada em outro caso, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em que um perito judicial da Justiça do Trabalho atuou concomitantemente com a função no cargo de coordenador do INAMPS/SAT, comprometendo a imparcialidade dos laudos elaborados. Apesar da divulgação pública e da veiculação pelos meios de comunicação da situação, os julgadores entenderam que não haveria, nestes atos, cunho desabonador à União ou à Justiça do Trabalho, nem o condão de lançar máculas, causar o descrédito do Poder Judiciário, diminuir o número de ações trabalhistas ou abalar a sua reputação como um todo, uma vez que o repúdio causado na coletividade diz respeito às atividades tidas como ilícitas, e não à pessoa jurídica atingida por elas, por reflexo. Fundamentaram, ainda, que não houve comprovação da existência de danos morais efetivamente causados à Justiça do Trabalho e à União em razão das condutas imputadas ao réu – e assim julgaram improcedente o pedido de indenização.<sup>760</sup>

Outra situação foi julgada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que uma servidora pública federal vinculada ao Instituto Nacional de Seguro Social (INSS, autarquia federal) concedeu benefícios previdenciários irregulares a 4 (quatro) pessoas. Igualmente neste caso, o pedido de reparação por dano moral à honra do INSS pela prática de atos de improbidade administrativa foi julgado improcedente por não sido comprovado que o ato de improbidade, para além da imoralidade intrínseca à conduta ímproba em si, teria atingido objetivamente a imagem, a credibilidade, a confiabilidade ou a reputação públicas do ente governamental.<sup>761</sup>

Quanto às vias processuais cabíveis para referida pretensão de reparação, o tema será tratado conjuntamente com as vias cabíveis para a pretensão de reparação por dano moral coletivo no item seguinte (3.2.2).

---

<sup>759</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo n.º 5003488-30.2017.4.04.0000, Terceira Turma, Relatora Vânia Hack De Almeida, juntado aos autos em 18/07/2018.

<sup>760</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Sexta Turma. Apreenec - Apelação/Remessa Necessária - 1397254 - 0006786-54.2003.4.03.6105, Rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, Julgado Em 06/06/2013, E-Djf3 Judicial 1 Data:14/06/2013.

<sup>761</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Recurso n.º 5013177-17.2012.4.04.7003, Terceira Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, Juntado Aos Autos Em 25/09/2017.

Por fim, destaque-se que, havendo lesão à honra e o respectivo ressarcimento, o valor deve ser destinado à pessoa jurídica prejudicada pelo ato ímprobo, nos termos do art. 18 da LIA<sup>762</sup>, sem prejuízo da possibilidade de uma reparação específica.

### 3.2.2. A reparação do dano moral coletivo por ato de improbidade e a ação cabível para referida pretensão

Outra discussão quanto à responsabilidade civil em decorrência dos atos de improbidade administrativa se refere à possibilidade de reparação por dano moral coletivo. Ou seja, para além do dano institucional, questiona-se se há também interesse transindividual eventualmente envolvido e que possa motivar a reparação de um dano coletivo.

O entendimento da 1ª Turma do STJ é de que um ato de improbidade – como, por exemplo, o recebimento de vantagem patrimonial indevida por membro do Poder Legislativo em troca de apoio político aos interesses do Poder Executivo –, não motivaria o que se tem entendido por dano moral coletivo por não envolver interesse metaindividual.<sup>763</sup> Há, contudo, contraditoriamente, algumas decisões esparsas da 1ª Turma reconhecendo a presença destes interesses difusos em discussões semelhantes (por caracterizarem também atos ímprobos), mas cuja ação não é de improbidade, e sim mera ação civil pública ressarcitória.<sup>764</sup>

Corroborando o posicionamento da 1ª Turma do STJ, a LIA dispõe no art. 5º sobre a necessidade de ressarcimento integral do patrimônio público, referindo-se expressamente às lesões ao patrimônio das pessoas jurídicas referidas no art. 1º, que são os referidos sujeitos passivos da ação.

Para contornar referido entendimento de que os atos de improbidade gerariam no máximo danos morais aos entes associativos do art. 1º da LIA, Garcia e Alves afirmam que referido patrimônio das pessoas jurídicas, na verdade, já pertence à própria coletividade, e, portanto, compõe-se de um interesse não só individual, mas também difuso ou coletivo.<sup>765</sup>

---

<sup>762</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 816-843.

<sup>763</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 478.386/DF, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado Do Trf 1ª Região), Rel. P/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Julgado Em 20/06/2017, Dje 22/08/2017.

<sup>764</sup> “À luz dos artigos 127 e 129, III, da CF/88, o Ministério Público Federal tem legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública objetivando indenização por danos morais coletivos em decorrência de emissões de declarações falsas de exclusividade de distribuição de medicamentos usadas para burlar procedimentos licitatórios de compra de medicamentos pelo Estado da Paraíba mediante a utilização de recursos federais”. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1003126/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 01/03/2011, DJe 10/05/2011.

<sup>765</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa... Op. Cit.*, p. 531.



Ademais, é de interesse transindividual a exigência de que os administradores públicos atuem com estrita observância ao princípio da juridicidade, pelo que o ato de improbidade violaria este interesse difuso.<sup>766</sup>

Logo, a exigência da probidade administrativa é um interesse que pertence indeterminadamente a toda a sociedade – é um bem jurídico incindível. Enfim, as vítimas diretas dos atos de improbidade administrativa são as instituições previstas no art. 1º da LIA e, indiretamente a coletividade, isto é, a sociedade.<sup>767</sup>

A ação é coletiva, portanto, pois o pedido abrangerá o restabelecimento da probidade administrativa com a declaração de nulidade do ato ímprobo e aplicação de demais sanções previstas em lei, que se trata de interesses difusos.<sup>768</sup>

Daniel Hachem também arrola a ação de improbidade como um mecanismo de tutela de direitos transindividuais, caracterizado pela indivisibilidade do bem jurídico protegido, titularizado por coletividades determinadas ou indeterminadas – tanto como a ação popular e a ação civil pública.<sup>769</sup>

Neste sentido, contrariando o julgado da 1ª Turma anteriormente assinalado (AgRg no AREsp 478.386/DF), é o entendimento da 2ª Turma do STJ que fundamenta que os pedidos referentes a probidade administrativa têm natureza difusa.<sup>770</sup>

Tratando-se, portanto, de interesses difusos ou coletivos, a discussão mais uma vez realizada se traduz em quando um ato de improbidade gera um dano moral coletivo. Novamente, há quem vá ao extremo de fundamentar que todo e qualquer ato de improbidade motiva o referido dano.

Esta linha de pensamento ressalta que a Administração Pública “é instrumento para a erradicação da pobreza, redução das desigualdades e construção de uma sociedade livre, justa e solidária”, pelo que o patrimônio público se notabiliza como figura jurídica apta à proteção e promoção da pessoa humana. A fundamentação deste entendimento está no artigo XXI da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que estabelece “um direito

---

<sup>766</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Idem, ibidem*.

<sup>767</sup> SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>768</sup> SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa... Op. Cit.*, p. 105-111.

<sup>769</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva... Op. Cit.*, p. 190.

<sup>770</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 261.691/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 28/05/2002, DJ 05/08/2002.

humanitário relativo à administração pública transparente, isonômica e democrática”, além de diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais neste mesmo sentido.<sup>771</sup>

Logo, para esta corrente, qualquer ato de improbidade, independentemente da hipótese legal e concreta, seria passível de reparação por dano moral coletivo para fins de proteção da dignidade. Ou seja, segundo este raciocínio, qualquer ato de improbidade viola interesses coletivos conexos à dignidade da pessoa humana, e assim automaticamente causa um dano moral transindividual.<sup>772</sup>

Esta linha de raciocínio é semelhante à já apresentada no Capítulo 1, acerca do dano moral coletivo por violação de norma trabalhista (item 1.2.2).

No Direito Trabalhista, a fundamentação é de que o empregador que descumpre de forma contumaz a legislação trabalhista o faz por razões estratégicas e por julgá-las economicamente vantajosas, já que o preço jurídico da sua ilicitude corresponde apenas à aplicação de eventuais multas administrativas e ocasionais condenações individuais, o que comprometeria, portanto o direito de personalidade de todos os trabalhadores – não só daqueles que emprega, mas de toda a sociedade.<sup>773</sup>

Para quem assim fundamenta, o resultado da ilicitude contumaz e repetitiva no contrato de trabalho seria “a precarização completa das relações sociais, que se baseiam na lógica do capitalismo de produção”, o que geraria dano moral de dimensão difusa.<sup>774</sup>

Semelhante entendimento se aplicaria no ato de improbidade, no sentido de que aquele que age desonestamente o faz porque seria vantajoso, gerando completa precarização da Administração Pública e, por consequência, atentando contra os fins sociais a que esta se presta – o que também geraria dano moral de dimensão difusa.

Estas hipóteses (tanto no Direito do Trabalho como no Direito Administrativo), como causam “rebaixamento no nível de vida”, são denominadas por alguns juristas de dano social em vez de dano moral coletivo, nos termos da proposta de Azevedo, já explicitada.<sup>775</sup>

Entretanto, entende-se que não há dano moral coletivo em razão apenas da violação a interesse que tenha alguma conexão com a dignidade da pessoa humana – ou dano social, pelo ato de improbidade ser moral e socialmente reprovável –, sem que referido ilícito prejudique o fim de proteção deste interesse metaindividual em específico e no caso concreto.

---

<sup>771</sup> PROLA JÚNIOR, Carlos Humberto. Improbidade administrativa e dano moral coletivo. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília: a. 8, n.º 30/31, p. 191-233, jan./dez. 2009.

<sup>772</sup> PROLA JÚNIOR, Carlos Humberto. Improbidade administrativa... *Op. Cit.*, p. 191-233.

<sup>773</sup> MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo... *Op. Cit.*.

<sup>774</sup> MAIOR, Jorge Luis Souto. O Dano Social... *Op. Cit.*, p. 1317-1323.

<sup>775</sup> Na questão administrativa, fundamentam como dano social: FRIEDE, Reis; ARAGÃO, Luciano. Dos danos sociais. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n.75, p 207-233, jul/set. 2016.

Ou seja, um ato ímprobo se configura pela não observância do agente às regras éticas, mas este ato, apesar de desonesto, pode não impedir ou prejudicar uma boa administração no sentido de concretização do interesse público ou dos fins sociais da respectiva pessoa jurídica vitimada, assim como pode não causar nenhuma lesão à dignidade humana coletivamente. E neste caso, portanto, não se terá nem dano institucional, nem dano moral coletivo (ou social), embora se tenha um ato antijurídico passível de sanção. Enfim, repita-se que não basta a mera violação a direito (o ato antijurídico) para configuração de dano moral, seja institucional, seja coletivo.

Ademais, se todo e qualquer ato de improbidade for correspondente a dano moral coletivo (ou dano social), está-se ampliando tanto o instituto que há o risco de esvaziá-lo por completo, banalizando-o.

E o dano moral – seja o individual, seja o coletivo – não guarda relação com consequências emocionais dos seres humanos, muito menos com a mera repercussão social negativa.

Discorda-se, portanto, do entendimento proferido na Operação Lava Jato, em sede recursal pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de que os atos de improbidade culminam em dano moral “à legitimidade da Administração Pública em razão da ofensa de seus princípios norteadores, constitucionalmente assegurados” ou em decorrência do sentimento de “indignação social” em que a indenização teria importante papel punitivo.<sup>776</sup>

Isso porque se entende, assim como Garcia e Alves, que não é todo e qualquer ato de improbidade que pode gerar dano moral coletivo,<sup>777</sup> sendo “necessário que tal ato cause evidente e significativa repercussão no meio social, não bastando meras presunções ou mesmo a simples insatisfação da coletividade com a atividade administrativa”.<sup>778</sup>

Entretanto, como a decisão proferida no âmbito da Operação Lava Jato foi apenas no sentido de permitir a inclusão da pretensão reparatória, sem ter julgado tais pretensões em seu mérito, não se sabe ainda qual será o entendimento meritório a ser proferido no caso. Ou seja, se prevalecerá uma responsabilização civil sem especificar o dano em concreto (tendo em vista o envolvimento de fatos de extraordinária relevância e repercussão) ou se haverá

---

<sup>776</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo n.º 5003488-30.2017.4.04.0000, Terceira Turma, Relatora Vânia Hack De Almeida, juntado aos autos em 18/07/2018.

<sup>777</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa... Op. Cit.*, p. 531.

<sup>778</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Sexta Turma, Agravo De Instrumento n.º 361042-0002110-35.2009.4.03.0000, Rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, Julgado Em 17/12/2009, E-Djf3 Judicial 1 Data:26/01/2010 Página: 546.

fundamentação, como se entende correto, de concretude e comprovação probatória deste dano, ainda que a partir de algumas presunções.

De qualquer forma, o entendimento de que a mera conduta pode gerar dano moral (conforme entendimento de Hugo Mazilli<sup>779</sup>) corresponde a um viés radical aliado à teorização da responsabilização civil sem danos. Referida concepção se trata de um retrocesso de mais de dois mil anos de concepção da responsabilidade civil, pois se ocupa da mera ilicitude, e busca tão somente punir a conduta lesiva. Discorda-se deste posicionamento pois se entende que é necessária a demonstração concreta do dano como pressuposto para a imposição de qualquer forma da responsabilidade civil.<sup>780</sup>

E este é o entendimento da 2ª Turma do STJ, que, em um caso célebre sobre o assunto, firmou o entendimento de que a aferição do dano moral coletivo – a exemplo do que ocorre no caso do dano institucional – deve ser feita também no caso concreto com base em análise detida das provas dos autos que comprovem efetivo dano à coletividade, os quais ultrapassam a mera insatisfação com a atividade administrativa.<sup>781</sup>

Neste caso do STJ, a ação de improbidade foi interposta em face de agentes públicos por irregularidades e desvio de verbas públicas que seriam utilizadas para a construção de um Centro de Saúde. A ausência da construção deste centro motivou um serviço público de saúde ineficiente e responsável pela diminuição da qualidade de vida de inúmeras pessoas. Nesta hipótese, independentemente dos prejuízos individuais e também patrimoniais que podem estar presentes, há o preenchimento dos quatro requisitos para a configuração do dano moral coletivo: elemento material, quantitativo (prejuízo coletivo no mundo concreto), formal e qualitativo (lesão desproporcional a bem jurídico indivisível – a saúde – que compromete a dignidade).

Esta gravidade suficiente a comprometer o fim justificador do dever de respeito, proteção ou promoção do bem indivisível (como a qualidade de vida ou a saúde enquanto fins, e a probidade enquanto um bem indivisível) é necessária em razão da diferença entre o ato ilícito e o dano. E esta afetação é inerente ao requisito material do dano – o prejuízo experimentado no mundo concreto.

---

<sup>779</sup> MAZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, 21ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 145-200.

<sup>780</sup> CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A (in)viabilidade do dano... *Op. Cit.*, 53-71.

<sup>781</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 960.926/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, Julgado Em 18/03/2008, Dje 01/04/2008.

Em outro caso semelhante, o STJ manteve também este entendimento de estar presente o dano moral coletivo em razão de o ato de improbidade ter vulnerado ainda mais o sistema público de saúde, que é imprescindível para o tratamento psicofísico da maioria das famílias brasileiras.<sup>782</sup>

Em julgado no Tribunal Regional da 3ª Região, entendeu-se pela inexistência de dano moral coletivo justamente pela ausência deste elemento material. Neste caso, a União Federal ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa em razão de irregularidades no processo licitatório levado a efeito pela Municipalidade de Cananéia, para a aquisição de veículos (ambulâncias), utilizando verba que aquela repassou em decorrência de convênio celebrado entre as duas entidades de direito público. Entretanto, os magistrados fundamentaram que não teria ocorrido – apesar da irregularidade na licitação – qualquer prejuízo coletivo à dignidade (ou à saúde, já que se tratava da compra de ambulâncias) dos munícipes, não cabendo presumi-lo.<sup>783</sup>

Mesmo entendimento deste Tribunal foi esboçado em outro caso. Em julgamento de um agente de Polícia Federal, responsável pelo controle migratório no Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, que aceitou vantagens indevidas, propiciando o uso de documentos públicos falsos por cidadãos chineses, consistentes em passaportes falsos, para possibilitar o embarque deles em voo com destino aos Estados Unidos da América. O Tribunal ressaltou que não houve dano moral coletivo configurado, uma vez que a conduta ímproba praticada pelo agente não prejudicou a prestação de serviços públicos a ponto de atingir negativamente uma coletividade.<sup>784</sup>

Ademais, havendo condenação, a verba referente ao dano moral coletivo deve ser encaminhada aos fundos públicos nos termos do art. 13 da LACP, e não à pessoa jurídica de direito público a quem se destina apenas o dano institucional.<sup>785</sup>

Cogita-se, entretanto, como já se fez anteriormente (item 2.2), que deveria prevalecer uma compensação específica deste dano moral coletivo, em vez de uma condenação meramente pecuniária.

---

<sup>782</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1242792/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, Julgado Em 16/08/2018, Dje 27/08/2018.

<sup>783</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Sexta Turma, AI - Agravo De Instrumento - 361042 - 0002110-35.2009.4.03.0000, Rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, Julgado Em 17/12/2009, E-DJF3 Judicial 1 Data:26/01/2010 Página: 546.

<sup>784</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Terceira Turma, Apelação Cível n.º 2044809 - 0005954-71.2006.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal Antonio Cedenho, Julgado Em 04/04/2018, E-DJf3 Judicial 1 Data:11/04/2018.

<sup>785</sup> PROLA JÚNIOR, Carlos Humberto. Improbidade administrativa... *Op. Cit.*, p. 191-233.

A última discussão pretendida sobre o tema se refere à definição de uma via processual cabível para as pretensões de reparação por dano moral à pessoa jurídica de direito público e do dano moral coletivo causado por um ato de improbidade.

Conforme salientado anteriormente, a tutela ressarcitória tem sido admitida tanto na ação popular e na ação civil pública quanto na ação de improbidade.

A possibilidade de a ação de improbidade ser uma via processual cabível para ressarcimento de dano moral é uma discussão relativamente recente e há doutrina e jurisprudência tanto favoráveis como contrárias a tal assertiva.

A ação de improbidade nos termos da LIA tem um especialíssimo procedimento, que prevê um juízo de delibação para recebimento da petição inicial (art. 17, §§ 8º e 9º), precedido de notificação do demandado (art. 17, § 7º). É uma ação de natureza coletiva, e se configura num mecanismo de tutela de direitos transindividuais, assim como a ação civil pública ou a ação popular. Isso porque o pedido da ação de improbidade abrange o restabelecimento da probidade administrativa com a declaração de nulidade do ato ímprobo e aplicação de demais sanções previstas em lei.<sup>786</sup>

Neste sentido, a ação de improbidade terá pretensões declaratórias e constitutivas (referentes ao restabelecimento da probidade) e condenatórias (referente às sanções), ou seja, é uma ação de dupla-face.<sup>787</sup>

A possibilidade de esta ação peculiar comportar condenação ressarcitória, entretanto, relaciona-se com a discussão acerca da natureza jurídica das sanções previstas na LIA – se são civis ou penais.

Via de regra, quem fundamenta que a natureza jurídica das sanções da LIA é penal compreende pela impossibilidade da discussão da obrigação civil de reparação na ação de improbidade pela incompatibilidade de ritos e discussões, nos termos do art. 327, §1º, III do CPC.

Este é o entendimento da primeira instância da Operação Lava Jato, que foi mantido em sede de julgamento liminar de agravo. Para o Juiz Federal Friedmann Anderson Wendpap, a ação de improbidade tem natureza penal, pois visa a punir o agente ímprobo por meio de uma ação célere e com razoável duração, sendo possível apenas a aplicação das penas

---

<sup>786</sup> SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa... Op. Cit.*, p. 105-111.

<sup>787</sup> SOBRANE, Sérgio Turra. *Idem*, p. 140-145.

expressamente previstas na LIA. Por tal razão, referido rito peculiar e célere de natureza penal não seria compatível com a análise de pleitos ressarcitórios de obrigação civil.<sup>788</sup>

Para referido magistrado, a via própria para tais pretensões ressarcitórias seria apenas a ação popular ou ação civil pública, mas não a ação de improbidade. Referido entendimento, contudo, foi reformado posteriormente pela 3ª Turma do Tribunal Federal da 4ª Região para admitir os pedidos de reparação de danos morais na ação de improbidade.<sup>789</sup>

Também há entendimento jurisprudencial contrário à pretensão de reparação por dano moral na ação de improbidade na 1ª Turma do STJ<sup>790</sup> e na 1ª Seção do STJ<sup>791</sup>, fundamentando que esta pretensão só seria cabível se esta ação adotasse um procedimento comum, o que a LIA não permite. Enfim, não seria possível a cumulação de vários pedidos na ação de improbidade, em razão destes comportarem procedimentos diversos, nos termos do art. 327, §2º do CPC.

Logo, por este raciocínio a ação de improbidade seria também meramente repressiva e punitiva, e não reparatória. Estes precedentes também fundamentam que as penas por ato de improbidade são exaustivamente previstas na LIA, e que, como não há previsão expressa de reparação do dano moral, a sua reparação não seria cabível nesta via processual. Ou seja, o ressarcimento teria que ser requerido na via própria, nos termos do *caput* do art. 12, que fundamenta que as sanções desta ação independem das demais “sanções cíveis cabíveis”.

Ainda em sentido contrário ao cabimento da improbidade como via processual ressarcitória de dano moral, há fundamento de que o art. 37, §4º da CF é expresso ao se determinar que o ato de improbidade motiva o ressarcimento “ao erário”, dispondo que este se

---

<sup>788</sup> BRASIL. 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba. Ação civil de improbidade administrativa n.º 5006675-66.2015.4.04.7000. Juiz Federal Friedmann Anderson Wendpap. Decisão de 21/10/2016.

<sup>789</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo n.º 5003488-30.2017.4.04.0000, Terceira Turma, Relatora Vânia Hack De Almeida, juntado aos autos em 18/07/2018.

<sup>790</sup> “A ação de improbidade administrativa, de matriz constitucional (art.37, § 4º e disciplinada na Lei 8.429/92), tem natureza especialíssima, qualificada pelo singularidade (*sic*) do seu objeto, que é o de aplicar penalidades a administradores ímprobos e a outras pessoas - físicas ou jurídicas - que com eles se acumpliciam para atuar contra a Administração ou que se beneficiam com o ato de improbidade. Portanto, se trata de uma ação de caráter repressivo, semelhante à ação penal, diferente das outras ações com matriz constitucional, como a Ação Popular (CF, art. 5º, LXXIII, disciplinada na Lei 4.717/65), cujo objeto típico é de natureza essencialmente desconstitutiva (anulação de atos administrativos ilegítimos) e a Ação Civil Pública para a tutela do patrimônio público (CF, art. 129, III e Lei 7.347/85), cujo objeto típico é de natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória”. In: REsp 827.445/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 02/02/2010, DJe 08/03/2010.

<sup>791</sup> “Não se pode confundir a típica ação de improbidade administrativa, de que trata o artigo 17 da Lei 8.429/92, com a ação de responsabilidade civil para anular atos administrativos e obter o ressarcimento do dano correspondente. Aquela tem caráter repressivo, já que se destina, fundamentalmente, a aplicar sanções político-civis de natureza pessoal aos responsáveis por atos de improbidade administrativa (art. 12). Esta, por sua vez, tem por objeto consequências de natureza civil comum, suscetíveis de obtenção por outros meios processuais”. In: REsp 1163643/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 24/03/2010, DJe 30/03/2010.

dará na “forma da lei”, e a lei que regulamenta tal dispositivo é a LIA. Por tal razão, a ação de improbidade prevista pela LIA poderia comportar pedidos reparatórios, mas só de dano patrimonial na forma deste dispositivo constitucional.<sup>792</sup>

Assim, caberia ao Ministério Público propor a ação civil pública por ato de improbidade em defesa da proteção ao patrimônio público, mas considerado apenas os danos ao erário.<sup>793</sup>

Diferentemente destes entendimentos, mas ainda pela negativa de cabimento do pleito ressarcitórios, é o entendimento de Mancuso, para quem a ação de improbidade não abarca interesses transindividuais, o que explicaria a limitação do rol de legitimados ativos para a ação de improbidade, e a impossibilidade de conter pedido referente à reparação de dano moral coletivo.<sup>794</sup> Para Sobrane, entretanto, são justamente os legitimados pela LIA que justificam a transindivisualidade dos interesses desta ação, pois não caberia ao Ministério Público, nos termos da vedação do art. 129, IX da CF, representar judicialmente interesses próprios de entidade pública.<sup>795</sup>

A verdade é que a LIA é uma legislação repleta de controvérsias e divergências, o que pode dar margem para uma diversidade de interpretações. A mesma lei traz, por exemplo, como já descrito, a previsão expressa no seu art. 5º, em que o ressarcimento do dano será integral – o que culmina também na interpretação de são cabíveis tanto a reparação do dano moral à pessoa jurídica como a do dano moral coletivo.

Ademais, entende-se que a leitura e a interpretação da LIA devem ser sistemáticas, ou seja, sem ser *contra legem*, mas considerando todo o sistema jurídico<sup>796</sup>. Neste contexto, a reparação integral do dano parece ser o caminho mais lógico, considerando a feição contemporânea dos direitos fundamentais, a necessidade de responsabilização civil daquele que causa dano num Estado de Direito, os fins da própria LIA – combater os atos corruptivos –, além da busca pela maximização dos princípios supremos, entre os quais avulta nestas hipóteses o da probidade administrativa.

Neste contexto, a doutrina favorável a que a ação de improbidade contenha pretensão referente à reparação de dano moral, a exemplo de Di Pietro, fundamenta-se no entendimento de que a ação de improbidade tem natureza de ação civil pública, sendo cabível à LACP,

---

<sup>792</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Notas sobre o dano... *Op. Cit.*

<sup>793</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial n.º 895.530/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 14/04/2009, DJe 06/05/2009.

<sup>794</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva*... *Op. Cit.*, p. 98.

<sup>795</sup> SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa*... *Op. Cit.*, p. 105-111.

<sup>796</sup> FREITAS, Juarez. Do Princípio da Probidade Administrativa... *Op. Cit.*, p. 65-84.



portanto, desde que não contrarie a LIA. É comum, aliás, rotular tais demandas de “ação civil pública de improbidade administrativa”. Esta interpretação se dá em razão da ação civil pública ter cabimento em razão de qualquer interesse difuso ou coletivo, inclusive aquele referente à improbidade.<sup>797</sup>

Como a ação civil pública pode ter natureza ressarcitória – sendo a ação de improbidade uma espécie desta –, ela também pode conter tal pretensão.

Assim, como a ação de improbidade administrativa é uma espécie de ação civil pública e visa a apurar atos praticados contra a administração – e, por tal razão, tem natureza coletiva ao proteger direitos de toda a sociedade –, entende-se que são cabíveis tanto o pedido de reparação por dano moral coletivo como o por dano institucional.

Este também é o posicionamento da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal, fundamentado em decisão proferida no âmbito da Operação Lava Jato<sup>798</sup> – e é também o entendimento da 2ª Turma do STJ.<sup>799</sup>

Por outro lado, questiona-se, quando a ação de improbidade é interposta apenas pelo sujeito passivo (a pessoa jurídica interessada), se este teria legitimidade e representatividade adequada para requerer a condenação do agente público e do particular para reparação de um dano moral coletivo. E se interposta apenas pelo Ministério Público, este poderia pleitear a reparação do dano institucional?

Nos termos do artigo 17 da LIA, a ação de improbidade “será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada”. O artigo 17, §4º, por sua vez, prevê que, se o Ministério Público não intervier como parte no processo que apure a ocorrência de ato contrário à Administração, ele atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade do feito. Por conseguinte, quanto a este questionamento referente à legitimidade da pessoa jurídica para a pretensão de um interesse de natureza difusa, é importante salientar que, embora a lei não disponha expressamente sobre esta legitimidade para agir, isso não indica que o interesse da demanda seja de natureza exclusivamente individual da pessoa jurídica. Ao contrário, ratifica-se que, mesmo para as demais pretensões (constitutivas e condenatórias), o interesse envolvido é eminentemente difuso.<sup>800</sup>

---

<sup>797</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 816-843.

<sup>798</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo n.º 5003488-30.2017.4.04.0000, Terceira Turma, Relatora Vânia Hack De Almeida, juntado aos autos em 18/07/2018.

<sup>799</sup> Dentre outros: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 960.926, MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 01.04.2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1666454/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017.

<sup>800</sup> SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa...* Op. Cit., p. 105-111.

Entende-se que isso ocorre em razão do que Bitencourt e Reck denominam de “princípio da titularidade ampliado”, em que o direito de ação referente a atos corruptivos decorre de um direito difuso que, portanto, é titularizado por qualquer pessoa, no caso da ação popular, ou com amplo rol de legitimados, no caso das ações civis públicas, na qual se inclui a ação de improbidade.<sup>801</sup>

Logo, não parece haver vedação para que o sujeito passivo pleiteie, além da reparação pelo dano institucional, também a reparação pelo dano moral coletivo via ação civil pública de improbidade, especialmente considerando a necessidade de reparação integral pelo ato corruptivo.

Quanto à legitimidade do Ministério Público para pleitear a reparação do dano institucional, há, contudo, entendimento jurisprudencial da 1ª Turma do STJ de que (i) a reparação deste dano da pessoa jurídica não poderia ser pleiteada pelo Ministério Público, por este não deter legitimidade extraordinária para tanto, assim como (ii) a fundamentação de que esta pretensão não poderia ser pleiteada pela ação civil pública, por se tratar de uma ação coletiva que não comportaria pleitos de natureza individual.<sup>802</sup>

Neste contexto, é importante salientar que os bens de titularidade da Administração Pública, sejam materiais, sejam imateriais, integram o patrimônio público em sentido amplo, o qual é objeto de regime jurídico diferenciado. Esta amplitude, aliás, está prevista no art. 1º, *caput* da LAP. O patrimônio público, portanto, integra um universo maior do que o mero acervo dos bens detidos pela Administração.<sup>803</sup>

E relativamente à proteção do patrimônio público, nos termos do art. 129, III da CF e da súmula 329 do STJ, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública para sua defesa, inclusive referente aos danos causados por atos de improbidade. Os danos causados em decorrência de atos ímprobos afetam interesse coletivo, daí que cabe ao Ministério Público promover referida ação.<sup>804</sup>

Porém, de fato não cabe à ação civil pública (e, por consequência, à ação de improbidade) proteger eventual interesse que não seja difuso ou coletivo, não cabendo

---

<sup>801</sup> BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015.

<sup>802</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1337768/MG, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado Do Trf 1ª Região), Primeira Turma, julgado em 05/11/2015, DJe 19/11/2015

<sup>803</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei... Op. Cit.*, p. 97-99.

<sup>804</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Idem, ibidem*.

também ao Ministério Público, nos termos do art. 127 da CF, extrapolar as atribuições que lhe sejam fixadas na Constituição.<sup>805</sup>

Assim, embora caibam ao Ministério Público a proteção e a defesa do patrimônio público, esta defesa não se confunde com o direito individual da pessoa jurídica de direito público. A distinção é relevante e justa, pois a Administração é titular de corpo jurídico próprio e também é dotada da autotutela.<sup>806</sup>

Em razão deste raciocínio, questiona-se se haveria ou não uma vedação à discussão do dano institucional via ação de improbidade, especialmente quando esta é interposta apenas pelo Ministério Público. Afinal, trata-se de patrimônio público, mas também de direito individual da pessoa jurídica.

Entende-se, neste contexto, que não há vedação para que o próprio Ministério Público pleiteie a reparação deste dano moral, pois a própria LIA prevê expressamente a legitimidade do *Parquet* para respectiva pretensão quando fundamenta pela necessidade de reparação integral pelo ímprobo, o que comporta o prejuízo ao erário, e também o prejuízo moral.

Neste sentido, fundamenta-se que o *Parquet* atuará em defesa de interesses de pessoas administrativas do Estado em situações específicas, especialmente naquelas previstas em lei, como é o caso da LIA (art. 17). Isso porque toda vez que o patrimônio público sofre prejuízo e há afronta ao interesse público primário, exsurge a legitimidade de atuação do Ministério Público.<sup>807</sup>

Referida questão, entretanto, não tem sido enfrentada pela doutrina e pela jurisprudência, que via de regra sequer discutem legitimidade para a reparação do dano moral na ação de improbidade. Aliás, geralmente a pretensão referente ao dano institucional é feita pela própria pessoa jurídica lesada, enquanto ao *Parquet* tem restado à pretensão de reparação do dano coletivo, o que também tem evitado tal debate.

Porém, a legitimidade do Ministério Público para propor a ação de improbidade visando ao ressarcimento ao erário já foi muito debatida na doutrina e na jurisprudência, e a

---

<sup>805</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Idem*, p. 301-317.

<sup>806</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Idem, ibidem*.

<sup>807</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Idem, ibidem*.

maioria dos doutrinadores compreendeu pela legitimidade do *Parquet*, sendo este entendimento seguido pelos Tribunais.<sup>808</sup>

Neste contexto, se cabe ao Ministério Público a defesa do patrimônio material da pessoa jurídica estatal na ação de improbidade, não faria sentido excluir a defesa do patrimônio imaterial. A ideia de ressarcimento integral do dano indica que a esfera jurídica do lesado deve retornar ao estado em que se encontrava por ocasião da prática do ato ímprobo, o que inclui o patrimônio em sentido amplo.<sup>809</sup>

Por conseguinte, conclui-se que a determinação de reparação do dano moral em ações de improbidade administrativa é possível, seja o dano institucional – quando lesionados direitos de personalidade do ente público, comprometendo o fim institucional da pessoa jurídica –, seja o dano coletivo – quando por lesão a interesse difuso e coletivo que tenha tido o comprometimento do fim de tutela do bem jurídico indivisível atingido, e que tal fim esteja relacionado à dignidade –, cujas pretensões podem ser requeridas tanto pela pessoa jurídica interessada como pelo próprio Ministério Público, nos termos da CF, da LIA, da LACP e da LAP.

---

<sup>808</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal, legislação e jurisprudência atualizadas*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 168-171.

<sup>809</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa... Op. Cit.*, p. 531.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, cumpre sintetizar alguns dos entendimentos alcançados durante o trabalho. Os pontos enumerados a seguir correspondem às conclusões apontadas em cada um dos subitens desta dissertação na ordem lógica em que foram trabalhados. Eles indicam as principais concepções da presente pesquisa.

1. Ultrapassada a noção do dano moral com características de sofrimento psíquico e subjetivo, a doutrina e a jurisprudência mais atuais passaram a concebê-lo como lesão à dignidade da pessoa humana. A dignidade, por sua vez, enquanto um valor essencial, está atrelada aos direitos fundamentais (direito à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica), e, enquanto autonomia individual, determina que os sujeitos tenham liberdades tanto privadas como públicas. Serve, assim, de fundamento para um direito geral de personalidade, ou seja, ao direito de qualquer pessoa não ser impedida de desenvolver sua própria personalidade e de se determinar de acordo com suas opções – o que impõe, por consequência, a garantia de um mínimo existencial.

É por isso que a lesão à vida, a discriminação ilegítima, a tortura, o trabalho escravo, a lesão injusta à honra ou à intimidade, a restrição antijurídica da liberdade de expressão ou a ausência de entrega de qualquer parcela que seja considerada integrante do mínimo existencial ensejam dano moral. Porque tais questões resultam, em última análise, em ofensas injustas à dignidade (elemento formal do dano) e comprometem o desenvolvimento e a construção da personalidade no mundo concreto (elemento material do dano).

2. A partir desta noção, somada à existência de interesses coletivos protegidos constitucionalmente que promovem esta dignidade, tem-se a possibilidade de haver danos morais coletivos. Pode-se dizer que o dano moral coletivo, portanto, é causado por (i) lesão a interesse difuso ou coletivo que tenha tido o comprometimento do fim de tutela do bem jurídico indivisível atingido, e que tal fim esteja relacionado à dignidade; ou (ii) por lesões multitudinárias a interesses individuais homogêneos que qualifiquem esta lesão como coletiva por uma ficção jurídica do art. 100 do CDC.

Logo, para configuração do dano moral coletivo, é preciso que estejam preenchidos quatro requisitos: (i) o requisito material, que representa o fato físico e o prejuízo em si (a lesão ao interesse ou a diminuição de bem) no mundo concreto, ou seja, o comprometimento do fim justificador da proteção jurídica conferida ao bem; (ii) o elemento formal, que provém da norma jurídica (a antijuridicidade da lesão à dignidade); (iii) o elemento quantitativo, que

indica que referido prejuízo concreto deve atingir uma coletividade; e, por fim, (iv) o elemento qualitativo, que implica a indivisibilidade do referido bem atingido (ainda que assim considerado por ficção jurídica nos termos do art. 100 do CDC).

3. Assim, com base especialmente no art. 1º, *caput*, da LACP, seja qual for o interesse transindividual em litígio, se lesionado, poderá estar configurado o dano moral coletivo, culminando na pretensão de reparação. Referido dano difere-se da construção acerca do dano social uma vez que este (i) tem sido considerado como metaindividual por ficção jurídica em decorrência da gravidade da lesão, ainda que a interesse genuinamente individual (do que a princípio se discorda), ou tem sido compreendido como (ii) a lesão a interesse coletivo que não guarde conexão com a dignidade da pessoa humana, como em algumas hipóteses de pretensões de consumidores.

4. No Direito Ambiental, o dano moral coletivo é configurado, em síntese, quando há (i) lesão a interesses coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos e multitudinários qualificados por ficção como coletivos) em razão do comprometimento do fim de tutela do meio ambiente atingido, sendo que este fim esteja relacionado à dignidade de uma coletividade (como à saúde, a qualidade de vida, a personalidade etc.) – o que preenche os quatro requisitos anteriormente expostos (formal, material, quantitativo e qualitativo). Numa visão biocêntrica, o dano moral coletivo resta configurado em razão da (ii) mera lesão ao valor intrínseco do meio ambiente, uma vez que desta lesão presume-se o comprometimento da dignidade humana em sua dimensão difusa e ecológica.

5. No Direito do Trabalho, o dano moral coletivo é configurado também, em síntese, quando há lesão a interesses coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos e multitudinários qualificados por ficção como coletivos) em razão do comprometimento do fim de tutela do direito ao trabalho digno, sendo este fim relacionado à saúde, à qualidade de vida, à personalidade, à igualdade de tratamento, à liberdade política etc. Discorda-se, ainda, que qualquer lesão individual grave neste campo, como o trabalho escravo, seja correspondente ao dano moral coletivo ou ao dano social, uma vez que estão ausentes os requisitos quantitativo e qualitativo do prejuízo transindividual.

6. Ademais, considerando que o Estado tem a obrigação espontânea ora de abstenção, ora de prestação fática ou normativa para efetivar certas pretensões jusfundamentais – inclusive quanto aos direitos sociais –, e que há pretensões prontamente exigíveis que apresentam titularidade coletiva e que estão vinculadas à dignidade da pessoa humana, é possível também que o próprio Estado cause um dano moral coletivo caso tais

obrigações não sejam devidamente cumpridas e gerem um prejuízo concreto, independentemente de terem criado ou não a situação da qual decorra o dano.

7. Em resumo, o dano reparável em caso de responsabilidade estatal pode resultar de ação lícita ou antijurídica, ou de omissão estatal perante algum dever espontâneo, seja do Legislativo, seja da Administração, e jamais resulta de prejuízo juridicamente previsto pelo ordenamento jurídico. O fundamento para o primeiro caso (ação lícita) é a igualdade da repartição de encargos, enquanto para os outros dois (ação e omissão antijurídicas) é o próprio princípio do Estado de Direito e da irrestrita submissão do Poder Público à juridicidade. Quando da ação lícita, para o dano ser reparável pelo Estado, além de certo, anormal e injusto, precisa ser também especial. E a responsabilidade em ambas as situações omissiva ou comissiva será objetiva, independentemente de culpa, conforme previsão constitucional (art. 37, §6º).

8. Ademais, (i) há compatibilidade entre os quatro requisitos do dano moral coletivo com os requisitos do dano reparável pelo Estado (certo, anormal e injusto; salvo o requisito da especialidade do dano, mas, como este elemento é exigido apenas quando do prejuízo causado por atos lícitos, não há nenhuma incompatibilidade para as demais hipóteses referentes aos atos e omissões estatais antijurídicas). Ainda se destacou que (ii) há harmonia entre o regime jurídico da responsabilidade civil estatal (fundado na irrestrita submissão do Poder Público à juridicidade) e a construção teórica da reparação do dano moral coletivo (fundado na dignidade); assim como (iii) sequer é necessária a ficção jurídica do art. 100 do CDC para configurar este dever de reparar, uma vez que, em se tratando de Estado, não há como se cogitar (vi de regra) que lesões multitudinárias atingirão apenas interesses de titularidade individual, e, portanto, não terão cumulativamente algum interesse de titularidade coletiva lesionado.

Por conseguinte, o Estado é obrigado a reparar o dano moral coletivo, caso este seja causado por atos ou omissões antijurídicas, quando: (i) violar a função de defesa dos direitos fundamentais transindividuais; (ii) não cumprir as prestações positivas que apresentam titularidade coletiva referentes ao mínimo existencial; (iii) não cumprir as prestações positivas que estejam especificadas no enunciado constitucional, ou que estejam especificadas em legislação ordinária, mesmo que estejam além do mínimo existencial; (iv) por se omitir, nas hipóteses em que não há conteúdo constitucional mínimo, após o decurso de prazo imposto pela via do mandado de injunção, uma vez que estas pretensões jusfundamentais são prontamente exigíveis.

9. A postulação de reparação do dano moral coletivo vem sendo aceita pela doutrina e pela jurisprudência tanto por ação civil pública quanto por ação popular, e, mais recentemente, também por ações de improbidade administrativa. Estas ações devem priorizar a tutela específica tanto na reparação – determinação de restabelecimento de situação idêntica à anterior, como se o dano não tivesse ocorrido – como na compensação – determinação que busca apenas contrabalancear o mal causado –, em face da mera compensação pecuniária, especialmente quando se está a tratar de direitos sociais, nos termos do art. 84 do CDC e arts. 3º e 11 da LACP. Para tanto, pode ser salutar o uso de medidas estruturantes e consensuais.

Ademais, mesmo quando da condenação do Estado em pecúnia, deve-se ter cautela para que a indenização atenda a seu fim ressarcitório, não tendo assim, por exemplo, a origem e o destino de eventual verba – o mesmo fundo público – como equivalentes. Ainda quanto à compensação, destacou-se que a remessa de valores aos fundos públicos nos termos do art. 13 da LACP tem se mostrado ineficiente. Isso ocorre em decorrência do contingenciamento orçamentário anual deste e por seus respectivos recursos não serem aproveitados na proteção dos interesses coletivos ou de massa que respectivamente tenham sido lesionados.

10. Para além da função reparatória da obrigação de indenizar, tratou-se também de sua função punitiva, destacando-se a dificuldade de punir, ou mesmo dissuadir, “o Estado” a não cometer novos danos, notadamente porque quem arca com os custos da indenização é a própria sociedade pelo pagamento de tributos, salvas as raras hipóteses em que são movidas ações de regresso contra os servidores que causaram o ato.

Tratou-se, ainda, da possibilidade de, nos termos do art. 81 do CDC, uma ação civil pública cumular pretensões de reparação de interesses coletivos com interesses individuais homogêneos, mesmo que em face do Estado – sendo que, na segunda pretensão, a condenação seguirá em regra um processo bifásico (sentença genérica seguida de liquidações individuais). Mas caso os danos referentes aos interesses individuais homogêneos sejam de pequena monta, ou caso os danos sejam isomórficos, eles poderão ser resolvidos de pronto, sem necessitar de processo bifásico. Também há casos excepcionais em que, havendo ações individuais esparsas, estas necessitem de suspensão em razão da interposição da ação coletiva, além da correspondente negação à interposição de novas ações, para impedir a multiplicação de demandas – sem que isso signifique negativa de acesso à Justiça, uma vez que referida garantia deve ser lida sob sua perspectiva da função social. Neste íterim, a coletivização das ações é uma garantia constitucional alinhada aos princípios da duração razoável do processo



(art. 5º, LXXVIII da CF), da isonomia, do acesso à Justiça e da eficiência na prestação de serviços públicos (art. 37 da CF).

De qualquer forma, quando se trata de danos individuais em massa aos usuários dos serviços públicos, é necessário que, mesmo com a coletivização e a busca de um processo célere e efetivo, não sejam considerados apenas critérios utilitaristas, mas seja considerado, antes disso, o regime jurídico especial de cada serviço quando da condenação. A título de exemplo, no Brasil, há leis que disciplinam a prestação de serviços de energia elétrica (Lei nº 9.247/96) e de telecomunicações (Lei nº 9.472/97).

**11.** Quanto à possibilidade de o Estado ser vítima de dano moral, primeiramente se ressaltou que a pessoa jurídica de direito público pode ser titular de direitos fundamentais pelas seguintes razões: (i) referidas pessoas apresentam personalidade jurídica e são sujeitos de direito que travam inúmeras relações jurídicas; (ii) em razão do sistema aberto dos direitos fundamentais, o qual confere fundamentalidade a direitos diversificados que vão além da teorização da dignidade da pessoa humana, incluindo, assim, direitos que podem ser titularizados por entes públicos; (iii) pelos direitos fundamentais apresentarem engenharia diversa do direito subjetivo público e não possuírem, portanto, um caráter meramente “subjetivo-liberal-individualista”, o que possibilita sua titularidade por tais entes; (iv) em razão da dupla dimensão dos direitos fundamentais; por fim, (v) em razão da multifuncionalidade destes direitos.

**12.** Em razão da possibilidade de estas pessoas jurídicas serem titulares de direitos fundamentais, salientou-se que há, entre estes direitos, alguns que, caso lesionados, culminam em dano moral (melhor denominado dano institucional), como a honra objetiva e a imagem, entre outros direitos de personalidade compatíveis. Isso porque as pessoas jurídicas de direito público também possuem determinado conceito junto à coletividade, que reflete não só no equilíbrio social, mas também na estabilidade das relações jurídicas que travam, por exemplo, com os organismos internacionais – em virtude dos constantes empréstimos realizados, e também em razão dos investidores nacionais e estrangeiros, considerando a emissão de títulos da dívida pública para a captação de receita. Entretanto, é necessário ter cautela nesta fundamentação, pois a noção de honra objetiva às pessoas jurídicas de direito público tem um “ranço fascista que recende a regime totalitário”, o que, a depender da forma como seja interpretado na prática, poderá ter como resultado, portanto, uma regra absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito.

**13.** Ademais, a atribuição de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público apresenta outros efeitos práticos, pois (i) sendo este um direito fundamental, deverá ser considerado seu regime jurídico próprio, que consiste na sua aplicabilidade imediata, na “juridicidade reforçada” e, ainda, na possibilidade de limitação de reforma pelo legislador. Outra consequência da atribuição de direitos fundamentais ao Estado é que, (ii) além de sua proteção, há também a possibilidade de restrições inerentes a tais direitos, bem como da aplicação da regra da proporcionalidade em caso de conflito – o que, se realizado sem o devido cuidado, pode levar a mais insegurança jurídica. Diante disso, outra questão prática ao tema é que (iii) esta titularidade também apresenta reflexos na separação de poderes e na relação entre o Direito e a política – o que pode ser igualmente problemático.

Assim sendo, embora não haja impedimento insuperável para que as pessoas jurídicas de direito público, enquanto sujeitos de direito, venham a ser consideradas também como titulares de direitos fundamentais, especialmente num enfoque contemporâneo deste, referida titularidade traz inúmeros problemas e riscos quando de aplicação prática.

**14.** Em que pese tal problemática, como há fundamentação jurídica pela possibilidade de a pessoa jurídica de direito público sofrer dano moral (ou institucional), ressaltou-se que o ato de improbidade também poderá gerar este dano, nos termos do art. 12, I e III da LIA. Para tanto, porém, é preciso que os fins constitucionais para os quais esta pessoa jurídica foi criada tenham sido obstruídos ou prejudicados (elemento material) em decorrência desta lesão aos seus direitos de personalidade (elemento formal). Ou seja, não é todo e qualquer ato ímprobo que gera dano institucional. Ainda se salientou que, como a pessoa jurídica possui atributos de personalidade distintos da pessoa natural, este dano precisa ser comprovado por não ser considerado *in re ipsa*.

**15.** Para além do dano institucional, há também interesse transindividual envolvido nos atos de improbidade administrativa que podem, portanto, motivar a reparação de um dano moral coletivo. Isso porque a exigência da probidade administrativa é um interesse que pertence indeterminadamente a toda a sociedade – é um bem jurídico incindível. Assim, caso um ato ímprobo prejudique o fim de proteção deste interesse metaindividual em específico e no caso concreto – como a qualidade de vida ou a saúde –, haverá o dever de reparar o dano moral coletivo. Ou seja, não é todo e qualquer ato ímprobo que gera dano moral coletivo, sendo necessário o preenchimento dos quatro requisitos deste prejuízo conexo à dignidade humana – não sendo cabível a consideração de um dano hipotético.

Por fim, como a ação de improbidade administrativa é uma espécie de ação civil pública e visa a apurar atos praticados contra a administração – e, por tal razão, tem natureza coletiva ao proteger direitos de toda a sociedade –, entende-se que são cabíveis tanto o pedido de reparação por dano moral coletivo como o do dano institucional.

A respeito do tema, por conseguinte, conclui-se que é possível a determinação de reparação do dano moral em ações de improbidade administrativa, seja o dano institucional – quando lesionados direitos de personalidade do ente público, comprometendo o fim institucional da pessoa jurídica –, seja o dano coletivo – quando por lesão a interesse difuso e coletivo que tenha tido o comprometimento do fim de tutela do bem jurídico indivisível atingido, e que tal fim esteja relacionado à dignidade –, cujas pretensões podem ser requeridas tanto pela pessoa jurídica interessada como pelo próprio Ministério Público.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Humberto Luiz Mussi de. Dano moral coletivo decorrente das relações de trabalho. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba, vol. 4, n. 38, p. 58-67, mar. 2015. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/92343>>. Acesso em: 30 mai.2018.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa De. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. Rio de Janeiro, 2003. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Estácio de Sá.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 11 ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.) *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 377-384.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. *A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, Juruá, ano 2, n. 9, p. 13-59, 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. *O dano moral coletivo no ordenamento jurídico brasileiro*: conceito, delimitação, responsabilização, arbitramento, análise jurisprudencial, medidas preventivas e repressivas no âmbito trabalhista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 101-132.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BENDA, Julien. *O pensamento vivo de Kant*. Tradução de Wilson Veloso. São Paulo: Editora Livraria Martins, [1976?].

BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, vol. 3, n. 9, p. 5-52, jan./mar. 1998.

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista da Direito e Liberdade – Mossoró*, vol. 7, n. 3, p. 237-274, jul./dez. 2007.

BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2005.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. Ação civil de improbidade administrativa n.º 5006675-66.2015.4.04.7000 em trâmite na 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba. Juiz Federal Friedmann Anderson Wendpap. Decisão de 21/10/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 37, Corte Especial, julgado em 12/03/1992, REPDJ 19/03/1992, p. 3201, DJ 17/03/1992, p. 3172.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 270.730/RJ. Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma, julgado em 19/12/2000, DJ 07/05/2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 595.734/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02/08/2005, DJ 28/11/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 589.281/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 02/05/2006, DJ 01/06/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 971.844/RS. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03/12/2009, DJe 12/02/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.057.274/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01.12.2009, DJe 26.02.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1221756/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.397.870/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2/12/2014, DJe 10/12/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1517973/PE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/11/2017, DJe 01/02/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 1586515/RS, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, Julgado em 22/05/2018, DJe 29/05/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.371.834-PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 5/11/2015, DJe 14/12/2015. Informativo nº 0574, Período: 26 de novembro a 18 de dezembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n.º 1.129.391 – RO, Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 11/09/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 706.449/PR, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 26/05/2008, DJe 09/06/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1328753/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 03/02/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1305977/MG, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 09/04/2013, DJe 16/04/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1619131/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 06/02/2018, DJe 08/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 277.516/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 23/04/2013, DJe 03/05/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1109905/PR, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 03/08/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1283434/GO, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 07/04/2016, DJe 15/04/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1657795/PB, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/08/2017, DJe 13/09/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 855.874/AC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 08/06/2017, DJe 27/06/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1528223/RN, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 08/02/2018, DJe 14/02/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 703.471/RN, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Segunda Turma, julgado em 25/10/2005, DJ 21/11/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1172073/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 20/03/2012, DJe 28/03/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1258389/PB, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 15/04/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 598.281/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. P/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Julgado em 02/05/2006, DJ 01/06/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 821.891/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Julgado em 08/04/2008, DJe 12/05/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1500812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 28/05/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1122984/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21/10/2010, DJe 09/11/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1220007/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 01/12/2011, DJe 09/12/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 960.926, MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 01.04.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 478.386/DF, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado Do TRF 1ª Região), Rel. P/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Julgado Em 20/06/2017, DJe 22/08/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1003126/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 01/03/2011, DJe 10/05/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 261.691/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 28/05/2002, DJ 05/08/2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 1242792/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, Julgado Em 16/08/2018, Dje 27/08/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 827.445/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 02/02/2010, DJe 08/03/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1163643/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 24/03/2010, DJe 30/03/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial n.º 895.530/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 14/04/2009, DJe 06/05/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1666454/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1337768/MG, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado Do TRF 1ª Região), Primeira Turma, julgado em 05/11/2015, DJe 19/11/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 12.062/GO, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 12/11/2014, DJe 20/11/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 4983, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, DJe 26/04/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 1856, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011, DJe 13/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 271286 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, acórdão eletrônico DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar n.º 228, Relator(a): Min. Presidente Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/10/2008, publicado em DJe-199 Divulg. 20/10/2008 Public. 21/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175, AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 Divulg. 29-04-2010 Public. 30-04-2010 Ement Vol-02399-01 Pp-00070.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 424584, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 17/11/2009, DJe-081 divulg 06-05-2010 public 07-05-2010 ement vol-02400-05 pp-01040.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 565089, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4917/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Quarta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 15/04/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 1848 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2014, processo eletrônico DJE-025, Divulg. 05-02-2015, Public 06-02-2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção n.º 725/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 10.5.2007, publicação em 21.09.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Cautelar n.º 2588-PB. Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgamento em 07.04.2010, publicação em 11.6.2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n.º 844-36.2011.5.09.0018, Ministro Relator Alexandre Agra Belmonte, Terceira Turma, julgado em 14/03/2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo em Recurso de Revista n.º 64800-98.2008.5.15.0071, SBDI-I, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, Julgado em 12/02/2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo em Recurso de Revista n.º 964-96.2013.5.04.0261, Relator Desembargador Convocado: Paulo Marcelo de Miranda Serrano, Julgado em 22/06/2016, 6ª Turma, DEJT 24/06/2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n.º 110700-17.2003.5.03.0103, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, Data de Julgamento: 10/08/2010, Data de Publicação: DEJT 19/11/2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Ação Civil Pública n.º 0000029 08.2013.5.01.0013/RO, Desembargador Rogério Lucas Martins, Sétima Turma, Julgado em 13/12/2017.

BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. Processo n.º 00001593720105240021, Relator André Luís Moraes de Oliveira, Publicação em 07/02/2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento n.º 5003488-30.2017.4.04.0000, Terceira Turma, Relatora Vânia Hack De Almeida, juntado aos autos em 18/07/2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Recurso n.º 5013177-17.2012.4.04.7003, Terceira Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, Juntado Aos Autos Em 25/09/2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n.º 5006742-24.2012.4.04.7101/RS, Relatora Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida, Terceira Turma, Julgado em 30/01/2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível n.º 0034549-11.2004.4.03.6100, 6ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, Julgado em 06/04/2018, D.E. Publicado em 11/04/2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Sexta Turma. Apreenec - Apelação/Remessa Necessária - 1397254 - 0006786-54.2003.4.03.6105, Rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, Julgado Em 06/06/2013, E-Djf3 Judicial 1 Data:14/06/2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Sexta Turma, AI - Agravo De Instrumento - 361042 - 0002110-35.2009.4.03.0000, Rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, Julgado Em 17/12/2009, E-Djf3 Judicial 1 Data:26/01/2010 Página: 546.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Terceira Turma, Ap - Apelação Cível - 2044809 - 0005954-71.2006.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal Antonio Cedenho, Julgado Em 04/04/2018, E-Djf3 Judicial 1 Data:11/04/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível n.º 2004.023730-8, de Lages, Rel. Des. Luiz César Medeiros, Segunda Câmara de Direito Público, j. 14-12-2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Civil n.º 70037156205, Relator Desembargador Arminio José Abreu Lima da Rosa, Vigésima Primeira Câmara Cível, julgado em 11/08/2010.

BROECKER, Amanda Fernandes Ferreira. O instituto do dano moral coletivo e o trabalho digno. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 05 set. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.38819&seo=1>>. Acesso em: 30 mai.2018.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed., rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A (in)viabilidade do dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba –SP: Editora Foco, 2018. p. 53-71.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Responsabilidade por dano não patrimonial a interesse difuso (Dano Moral Coletivo). *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9., p. 21-42, 2000. Disponível em <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista09/Revista09\\_21.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista09/Revista09_21.pdf)>. Acesso em: 30 mai.2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da. *Dano à imagem da pessoa jurídica de direito público*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Alcides A. Munhoz. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 77, ano 20, p. 224-235, jan./mar. 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DELPIAZZO, Carlos E. *Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho*. *Revista de Investigações Constitucionais/Universidade Federal do Paraná, Núcleo de Investigações Constitucionais*. Curitiba, v. 1, n. 3, p. 7-32, set./dez. 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: 7: responsabilidade civil*. 21. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: 1: Teoria Geral do Direito Civil*. 22. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª Edição. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Omissões na Atividade Regulatória do Estado e Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras. In: FREITAS, Juarez (Org.) *Responsabilidade Civil do Estado*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2006. p. 249-267.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade Pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Bahia, n. 6, abril/maio/junho. 2010. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-6-ABRIL-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>> Acesso em 25 de julho de 2017.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. O processo, os direitos fundamentais e a transição do estado liberal clássico para o estado contemporâneo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. n.º 3(1), p. 84-94, jan./jun. 2011.

FARIA, Luzardo. A ineficiência do atual modelo de responsabilização civil do Estado no Brasil e a necessidade de prevenção de danos. *Revista digital de Direito Administrativo*, v. 4, p. 117-136, 2017.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de planejamento urbanístico. *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, vol. 2, n. 7, p. 19-32, 2002.

FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por Omissão Legislativa – caso do art. 37, X da Constituição da República. In: FREITAS, Juarez (org.) *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 200. p. 208-224.

FERREIRA, Hamanda Rafaela Leite. *O Estado como titular de direitos fundamentais: (im)possibilidade e consequências da atribuição de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 14ª ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

FISS, Owen. Against Settlement, 93, *Yale Law Journal*, may, 1984.

FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 170-197.

FREITAS, Juarez. Do Princípio da Proibição Administrativa e de sua Máxima Efetivação. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n.º 204, p. 65-84, abr./jun. 1996.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FRIEDE, Reis; ARAGÃO, Luciano. Dos danos sociais. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n.75, p. 207-233, jul/set. 2016.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Orgs.). *Direito Público Moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 259-298.

GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. A & C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017.

GABARDO, Emerson; ROCHA, Iggor. Improbidade administrativa e suspensão dos direitos políticos no contexto da preponderância pragmática do interesse público. In: SANTANO, Ana Cláudia; SALGADO, Eneida Desiree. (Org.). *Direito Eleitoral: debates ibero-americanos*. Curitiba: Íthala, 2014. p. 257-274.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

GOMES, Magno Federici; FREITAS, Frederico Oliveira. Conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. *A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 41, p. 181-207, jul./set. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 622, The Globalization of Class Actions (Mar., 2009), p. 63-67.

GUSSOLI, Felipe Klein. HACHEM, Daniel Wunder. Restrições ao direito fundamental à liberdade de exercício da advocacia pelos servidores do Ministério Público. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, vol. 7(3), p. 334-350, set./dez 2015.

GUSSOLI, Felipe Klein. Caça aos ímprobos: como a aplicação da lei de improbidade desvinculada das garantias constitucionais desvirtua a finalidade legal. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.) *Eficiência e Ética na Administração Pública: Anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná*. Curitiba: Íthala, 2015. p. 243-269.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-240.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. Animais são sujeitos de direito no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 12, p. 141-172, 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 38, p. 1-28, abr./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-38-ABRIL-2014-DANIEL-HACHEM.pdf>>. Acesso em 02.out.2018.

HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, p. 129-166, out./dez. 2009.

HACHEM, Daniel. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013.

HERKNHOFF, Henrique Geaquinto. *Os direitos de personalidade da pessoa jurídica de direito público*. 2012. Tese (Doutorado) - Programa de Pós Graduação em Direito Civil, Universidade de São Paulo.

HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. *Sentenças Estruturantes: Necessidade de Accountability e Possibilidades do Constitucionalismo Democrático*. In: *Simpósio Brasileiro de Processo Civil*, 2017, Curitiba. Anais do Simpósio, Curitiba-PR, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

KIM, Richard Pae. Titularidade dos direitos fundamentais difusos e coletivos. In: KIM, Richard Pae; BARROS Sérgio Resende de; KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto. (Coord.) *Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade*. São Paulo: Ed. Verbatim, 2012. p. 11-23.

LACERDA, André. Indenização por dano moral coletivo: revolução na justiça do trabalho. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba, v. 4, n. 38, p. 36-40, mar. 2015. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/92394>>. Acesso em: 30 mai.2018.

LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental - do Individual ao Coletivo*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LONGUI, João Victor Rozzati; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. O dano moral coletivo e a reparação fluida (fluid recovery). In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba –SP: Editora Foco, 2018. p. 367-395.

MAIOR, Jorge Luis Souto. O Dano Social e sua reparação. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 71, n. 11, p. 1317-1323, nov. 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARANHÃO, Clayton. A tutela jurisdicional da honra objetiva do Ministério Público na hipótese de abuso (ou de não-incidência) da imunidade material parlamentar: uma contribuição ao estudo das tutelas de prevenção do ilícito e de repressão do dano. In:

MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil em homenagem ao Prof Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela contra o ilícito (art. 497, parágrafo único, do CPC/2015). *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, vol. 40, n. 245, p. 313-329, jul. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Collective Tort Litigation and Due Process of Law: the Brazilian Experience. International Journal of Procedural Law*, v. 4/01, p. 42-61, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. rev. e atual São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade civil do Estado, nexos causal e imputação objetiva. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Orgs.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 361-390.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade Civil Por Improbidade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 210, p. 159-170, out./dez. 1997

MAZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, 21ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo e a sua reparação. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba, v. 4, n. 38, p. 11-35, mar. 2015. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/92442>>. Acesso em: 15 maio. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33ª. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional 92, São Paulo: Malheiros, 2016.

MENEGAT, Fernando. Processo Estrutural nos litígios complexos envolvendo a Administração Pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 396, 2018. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-menegat/a-novissima-lei-n-13655-2018-e-o-processo-estrutural-nos-litigios-complexos-envolvendo-a-administracao-publica>>. Acesso em: 24 set. 2018.

MILARE, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial: tomo LIII: direito das obrigações: fatos ilícitos absolutos: atos-fatos ilícitos absolutos: atos ilícitos absolutos: responsabilidade: danos causados por animais: coisas inanimadas e danos: estado e servidores: profissionais*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin. Dano moral: conceito, função, valoração. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 413, p. 361-378, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei da Ação Civil Pública: revisitada, artigo por artigo, à luz do Novo CPC e temas atuais*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MORO, Sérgio Fernando. Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MOTTA, Fabrício. Direitos fundamentais e concurso público. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, ano XXVIII, edição especial, p. 68-85, 2010.

MUÇOUÇA, Renato de Almeida Oliveira. A Efetividade da Tutela Trabalhista na Repressão ao Trabalho Escravo Contemporâneo. *Revista Direitos Humanos e Democracia*. Editora Unijuí, ano 4, n. 7, jan./jun. 2016. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unijuí. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia>>. Acesso em: 30 mai.2018.

NETTO, Felipe Braga. Estado e Violência Urbana: danos individuais e danos coletivos? In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Editora Foco, 2018. p. 293-324.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NOHARA, Irene. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.



NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais – trunfos contra a maioria*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

OSNA, Gustavo. O Fundo de Defesa de Direitos Difusos e a execução de decisões coletivas. *Revista Consultor Jurídico - Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-03/gustavo-osna-direitos-difusos-execucao-decisoes-coletivas>>. Acesso em: 03 abr. 2018.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal, legislação e jurisprudência atualizadas*. São Paulo: Atlas, 2002.

PETHECHUST, Eloi Rodrigues Barreto; BLANCHET, Luiz Alberto. O regime de execução das empresas estatais: entre serviço público e exploração de atividade econômica. *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional (Impresso)*, v. 59, p. 113-131, 2015.

PIVETTA, Saulo Lindorfer Pivetta. Políticas públicas e a construção do conteúdo material do direito à saúde: desafio à Administração Pública brasileira. *A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 41, p. 209-230, jul./set. 2010.

PROLA JÚNIOR, Carlos Humberto. Improbidade administrativa e dano moral coletivo. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília: a. 8, n.º 0 30/31, p. 191-233, jan./dez. 2009.

REIS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RODRIGUES, Danielle Tetü. *Os animais não-humanos como sujeitos de direito sob enfoque interdisciplinar*. 2007. 119 f. Tese (Doutorado)– Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

SALGADO, Eneida Desiree; CERQUEIRA NETO, José N. de. Caminhos e desafios da revisão judicial de constitucionalidade. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia (Unibrasil)*. Curitiba, v. 19, n. 19. p. 114-130, jan./jun. 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A natureza objetiva do dano moral coletivo no direito do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 75, n. 12, p. 1.440-1.449, dez. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual., incluindo novo capítulo sobre partidos políticos. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. *O Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 15, nº 1240, 12.mai.2015. Disponível em: <<http://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/305-artigos-mai-2015/7129-a-titularidade-simultaneamente-individual-e-transindividual-dos-direitos-sociais-analisada-a-luz-do-exemplo-do-direito-a-protecao-e-promocao-da-saude-1>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-314.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*/ BARROSO, Luís Roberto (org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 193-284.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço Público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016, p. 36-180.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios na filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *A & C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, p. 145-165, abr. 2005.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Almiro do Couto e. Notas sobre o dano moral no Direito Administrativo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 18, abr./mai./jun 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-ALMIRO%20COUTO.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

SILVA, Almiro do Couto e. Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n.º 63, p. 28- 36, jul./ set. 1982.

SILVA, José Robson da. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Curitiba, 2002. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em Direito - Universidade Federal do Paraná.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental, as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. 3 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2017.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Dano moral coletivo e lesão à ordem urbanística. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba –SP: Editora Foco, 2018. p. 169-188.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TÁCITO, Caio. Responsabilidade do Estado por Dano Moral. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, p. 263-273, jul./set. 1994.

TALAMINI, Eduardo. *Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015*. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 40, n. 241, p. 337-358, mar. 2015.

TEIXEIRA NETO, Felipe. *Dano moral coletivo: a configuração e a reparação do dano extrapatrimonial por lesão aos interesses difusos*. Curitiba: Juruá, 2014.

TEIXEIRA NETO, Felipe. Ainda sobre o conceito de dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba –SP: Editora Foco, 2018. p. 29-49.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. Mercantilização dos direitos fundamentais e potencial regressivo das decisões judiciais. In: *V Congresso Brasileiro de Direito Processual*, 2014, Salvador. Constituição, processo e cidadania. Brasília: Gomes & Oliveira Livraria & Editora, 2014. p. 265-306.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil - Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VENTURI, Elton. O problema da representação processual das associações civis na tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos segundo a doutrina de Alcides Alberto Munhoz da Cunha e a atual orientação do STF. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 255, p. 277-290, mai. 2016.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo*. Curitiba, 2012. 338f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

VENTURI, Elton; VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. O dano moral em suas dimensões coletiva e acidentalmente coletiva. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba –SP: Editora Foco, 2018. p. 397-421.

XAVIER, Pedro Henrique. Responsabilidade do Estado por Atividade Lícita: Especialidade e Anormalidade do Dano. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, dez. 1986. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8921/6230>>. Acesso em: 02 out. 2018.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Direitos e particularidades do arbitramento do dano moral na responsabilidade civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil do Estado: Desafios Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 411-438.

ZWICKER, Igor de Oliveira. O dano moral acidentalmente coletivo e a tutela coletiva de direitos individuais: rede protetiva coletiva versus “direitos individuais heterogêneos”. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 4, n. 38, p. 114-129, mar. 2015. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/92395>>. Acesso em: 15 maio.2018.